



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

Scuola di
Giurisprudenza

Corso di Laurea Magistrale

in Giurisprudenza

La soddisfazione minima nel concordato preventivo

Relatore

Chiar. mo Prof. Lorenzo Stanghellini

Candidato

Guido Rizzi

Anno Accademico 2015/2016

Indice

Introduzione.....	5
Capitolo 1	9
1. L’Evoluzione legislativa del Concordato preventivo	9
1.1. La disciplina prevista dalla legge del 1903	9
1.2. Il concordato preventivo nel Regio Decreto n. 267 del 1942	12
1.2.1. <i>Il concordato con garanzie.....</i>	<i>15</i>
1.2.2. <i>Il concordato con cessione di beni</i>	<i>16</i>
1.2.3. <i>Il concordato misto.....</i>	<i>17</i>
1.3. Le riforme al r.d. n. 267 del 1942.....	19
1.3.1. <i>Le riforme del 2005-2007.....</i>	<i>20</i>
1.3.2. <i>Le modifiche degli anni 2012-2013.....</i>	<i>26</i>
1.4. Le novità introdotte dal d.l. 83/2015	32
1.5. La proposta di disegno di legge delega della Commissione Rordorf.....	38
Capitolo 2	44
2. La soddisfazione dei creditori nel Concordato liquidatorio.....	44
2.1. Considerazioni generali	44
2.2. La soddisfazione minima e il dovere di assicurarla.....	46
2.2.1. <i>Il significato del verbo “assicurare”.....</i>	<i>46</i>
2.2.2. <i>Concordato senza classi di creditori.....</i>	<i>53</i>
2.2.3. <i>Concordato con classi di creditori</i>	<i>54</i>
2.3. La soddisfazione dei creditori prelatizi	57
2.3.1. <i>Il rispetto “forte” o “debole” dell’ordine di soddisfazione dei creditori prelatizi.....</i>	<i>58</i>
2.3.2. <i>La soddisfazione degradata.....</i>	<i>61</i>
2.4. La relazione del professionista indipendente.....	69
2.5. Il potere di valutazione del Tribunale.....	73
2.5.1. <i>La “causa” del concordato e l’obbligo di soddisfazione dei creditori chirografari</i>	<i>75</i>
2.5.2. <i>La sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 1521 del 2013.....</i>	<i>76</i>
2.5.3. <i>La percentuale minima ammissibile nella giurisprudenza ante riforma.....</i>	<i>83</i>
2.5.4. <i>La giurisprudenza post riforma.....</i>	<i>86</i>

2.5.5. <i>La percentuale per l'inammissibilità delle proposte concorrenti ex art. 163.</i>	90
2.6. Il controllo del commissario giudiziale	92
2.7. Votazione, omologazione e revoca.....	94
2.8. Risoluzione del concordato e inadempimento di scarsa importanza.....	98
Capitolo 3	101
3. La soddisfazione dei creditori nel Concordato con continuità	
aziendale.....	101
3.1. Il concordato con continuità	101
3.1.1. <i>Considerazioni generali</i>	101
3.1.2. <i>Continuità aziendale “diretta” e “indiretta”</i>	106
3.1.3. <i>La soddisfazione da garantire</i>	113
3.1.4. <i>Il contenuto del piano ex art. 161 l. fall.</i>	117
3.2. La relazione del professionista	119
3.3. La destinazione del patrimonio e l'inalterabilità delle cause legittime	
di prelazione.....	121
3.3.1. <i>La libera destinazione del surplus frutto della continuità</i>	122
3.3.2. <i>La moratoria del pagamento dei creditori prelatizi</i>	127
3.3.3. <i>Il pagamento dei creditori strategici</i>	132
3.4. Le proposte concorrenti	135
3.5. Il controllo del commissario giudiziale e del tribunale	137
Conclusioni.....	140
Bibliografia	145

Introduzione

La procedura di concordato preventivo, disciplinata dagli articoli 160 e successivi del r.d. 16 marzo 1942, n. 267, ha subito un progressivo cambiamento a partire dalle riforme alla legge fallimentare intervenute nel 2005 fino alle ultime modifiche operate dal d.l. 83/2015.

L'obiettivo del presente lavoro è stato quello di comprendere come l'istituto nel suo complesso e la soddisfazione dei creditori nel dettaglio siano mutati con il passare del tempo e l'alternarsi delle riforme.

Nel primo capitolo è stata esaminata la disciplina e l'evoluzione legislativa del concordato, dalla sua introduzione nel 1903 che configurava una soluzione diversa dalla cessione di beni per evitare al debitore onesto ma sfortunato il fallimento e le sue conseguenze. A questo, se avesse superato un giudizio di meritevolezza e avesse dato serie garanzie di poter pagare almeno il 40 per cento dei creditori non garantiti, era permesso rimanere titolare dei propri beni.

Si è poi analizzata la disciplina del concordato così come configurata nella legge del 1942, nella quale era previsto non soltanto il concordato con garanzia ma anche quello con cessione dei beni e mentre per il primo la concezione era rimasta simile alla precedente, per il secondo si era delineata una finalità liquidatoria priva di garanzie sulla capacità di pagare almeno il 40 per cento dei crediti non garantiti. Tale assetto, con l'aggiunta nella prassi del concordato misto, ha caratterizzato i primi sessanta anni di applicazione.

Si sono poi analizzate le riforme, partendo dalle prime bozze fino a quella del 2005 che hanno drasticamente ridotto i poteri di controllo del giudice valorizzando l'autonomia privata nella regolazione dello stato di crisi, considerando il decreto del 2007 che ha introdotto la possibilità di soddisfazione non integrale dei creditori prelatizi, e proseguendo poi con le riforme del 2012 (introduzione del concordato in bianco e con continuità aziendale) e del 2013 (ampliamento degli obblighi informativi).

Successivamente l'analisi si è concentrata sulle novità del d.l. 83/2015 che ha reintrodotto la percentuale minima di soddisfazione per il concordato liquidatorio, escludendo da tale applicazione il concordato con continuità, ha richiesto la necessità di assicurare un'utilità a ciascun creditore e ha previsto la possibilità di formulare proposte concorrenti.

Si è inoltre accennato alla materia del concordato preventivo nel disegno di legge presentato sulla base del progetto elaborato dalla Commissione Rordorf di delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza, attualmente in discussione al Senato.

Nel secondo capitolo sono stati affrontati i problemi collegati alla soglia minima di soddisfazione del 20% e le conseguenze che essa comporta nel concordato di tipo liquidatorio. Partendo dal significato da attribuire ai concetti di "assicurare" e di "pagamento" richiamati dalla norma, e analizzando come trovino applicazione nei casi di concordato con e senza classi, ci si è poi occupati della soddisfazione che il debitore può riservare ai creditori prelatizi, chiedendosi se e quando sia possibile una soddisfazione parziale o dilazionata.

Si è poi esaminata la profondità del controllo riservato al giudice e si è posta l'attenzione sui soggetti ai quali è attribuito il controllo della soddisfazione dei creditori, descrivendo i ruoli che agiscono da tramite tra il tribunale e i creditori, concentrandosi sul professionista attestatore, sulla sua relazione e sul commissario giudiziale.

È stato poi sottoposto ad analisi il profilo procedurale, in merito sia al potere di valutazione della proposta di concordato da parte dei creditori, sia al giudizio di omologazione, sia ai mezzi per l'interruzione della procedura, quali la revoca e la risoluzione.

Nel terzo capitolo l'analisi si è concentrata sulla soddisfazione dei creditori nel concordato con continuità aziendale, chiedendosi in quali casi tale fattispecie sussista e trovi attuazione la deroga alla regola della percentuale minima di soddisfazione. Si è quindi valutato come la soddisfazione dei creditori possa trovare in questa ipotesi di concordato una miglior soddisfazione, facendo particolare attenzione all'analisi del piano concordatario e alla mansione attribuita al professionista.

In seguito si è esaminato se sia possibile derogare al principio del rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione nel caso di mantenimento dell'impresa in attività, soffermandosi sulla possibilità di pagare i creditori strategici fuori concorso e di dilazionare la soddisfazione degli altri creditori.

Si sono infine approfondite la possibilità per i creditori di presentare proposte concorrenti a quella del debitore e le limitazioni in concreto al ricorso a tale procedura.

Capitolo 1

1. L'Evoluzione legislativa del Concordato preventivo

1.1. La disciplina prevista dalla legge del 1903

L'istituto del concordato preventivo fu introdotto nel nostro ordinamento con la legge 24 maggio 1903, n. 197.

Nel codice del commercio del 1882 era prevista la moratoria, che poteva essere sia anteriore al fallimento (art. 827) e diretta, tramite un accordo stragiudiziale volto ad ottenere una dilazione nell'adempimento dell'obbligazione, sia successiva alla dichiarazione di fallimento (art. 819 ss.) e si concludeva solitamente con il concordato amichevole o individuale.

L'istituto della moratoria non ebbe però successo e fu utilizzato soprattutto con finalità distorte per rallentare il procedimento di fallimento, cercando nel frattempo di ottenere accordi stragiudiziali favorevoli per il debitore, senza uniformità di trattamento tra i creditori e paventando una risoluzione ancor peggiore nel caso di fallimento. Tale utilizzo era ben lontano dall'idea alla base di questo istituto, di concedere una dilazione per permettere all'imprenditore di ristabilire la solvibilità.¹

La legge 197/1903 riformò la moratoria anteriore al fallimento² ed abolì la moratoria posteriore³, introducendo, come previsto nella legge inglese e francese, un percorso alternativo al fallimento: la procedura di concordato preventivo.

¹ L. STANGHELLINI, *Il declino del concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Giur. comm.*, 1993, Giuffrè, Milano, pp. 250-251.

² Sul tema, si veda L. BOLAFFIO, *Il concordato preventivo secondo le sue tre leggi disciplinatrici*, Torino, UTET, 1932, pp. 11-14. e G.BONELLI, *Del fallimento: Commento al Codice di Commercio*, vol. III, Milano, 1923, pp. 416-422.

³ Anche se essa venne reintrodotta dalla legge nell'ordinamento italiano con i decreti 28 dicembre 1921 n. 1861, 2 febbraio 1922 n. 27 e 13 marzo 1922 n. 289 per far fronte al dissesto della Banca italiana di sconto, sul tema L. BOLAFFIO, *op.cit.*, par. 5bis, pp. 14-22.

L'istituto era stato creato dal legislatore come strumento per permettere al debitore onesto e sfortunato⁴ di evitare la dichiarazione di fallimento. Come afferma Bolaffio: «La procedura di concordato preventivo mira principalmente a salvare il debitore dalla catastrofe del fallimento che è la sua completa rovina, economica e morale» ma allo stesso tempo «[i]l concordato preventivo getta una tavola di salvezza ai creditori»⁵, garantendo il rispetto della *par condicio creditorum* ed evitando loro di dover attendere le lungaggini della procedura fallimentare.

La domanda di concordato preventivo solitamente puntava ad evitare la liquidazione di tutti i beni, tipica del fallimento, e permetteva al debitore di mantenere in attività l'azienda, con lui a capo di essa, attraverso un accordo con i creditori diretto alla riduzione o posticipazione (o spesso entrambe) dei debiti. Sotto il profilo procedurale, la presentazione della domanda di concordato preventivo tutelava il debitore dalle azioni esecutive dei singoli creditori, essendo previsto uno specifico divieto dall'art. 7 della legge 197/1903⁶. Il concordato preventivo, per poter essere omologato dal tribunale, doveva ottenere l'approvazione dalla maggioranza dei creditori che rappresentassero i tre quarti della totalità dei crediti non privilegiati o garantiti da ipoteca o pegno. I creditori privilegiati o garantiti potevano votare soltanto qualora rinunciassero (espressamente o tacitamente) al privilegio, all'ipoteca o pegno⁷. La legge lasciava al creditore con prelazione la scelta fra la conservazione della garanzia e la rinuncia totale o parziale, purché essa fosse nella misura minima della terza parte del credito, attribuendo il conseguente diritto di voto per la parte del credito degradato a chirografario. La rinuncia, esercitata principalmente nei casi in cui il creditore dubitasse dell'adeguatezza della garanzia, non produceva effetti nel caso in cui il concordato non avesse luogo o venisse annullato.

L'art. 3 della legge n. 197 del 1903, nel disciplinare le cause d'inammissibilità della domanda di concordato, al n. 3 affermava che il concordato dovesse essere

⁴ G.U. n. 81 del 6 aprile 1942, p.14, par. 37.

⁵ L. BOLAFFIO, *op. cit.*, p. 2.

⁶ Per un approfondimento, S. ZIINO, *Domanda di ammissione al concordato preventivo e «divieto» di azioni esecutive*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2014, 6, p.736-755; L. BOLAFFIO, *op. cit.*, p.72-78; G. BONELLI, *op. cit.*, p. 463-465.

⁷ Artt. 14, 19, 20 legge 24 maggio 1903, n.197.

dichiarato inammissibile qualora il ricorrente “non offr[a] serie garanzie, reali o personali, di poter pagare almeno il 40 per cento del capitale dei crediti non privilegiati o non garantiti da ipoteca o pegno”⁸. Infatti, ai fini dell’ammissibilità alla procedura di concordato, il debitore doveva non soltanto indicare “le ragioni che determinano la domanda”, ma anche “i patti e le condizioni che intende proporre ai suoi creditori”⁹; tali condizioni dovevano essere idonee a garantire una soddisfazione di creditori non privilegiati e non garantiti da pegno o ipoteca in una misura pari ad almeno il 40 per cento del credito. Per garantire questa soddisfazione il debitore doveva quindi offrire serie garanzie, reali o personali¹⁰. Rimaneva pertanto esclusa la possibilità di una proposta di concordato che prevedesse la semplice liquidazione dei beni, poiché tale operazione non dava alcuna assicurazione ai creditori di veder soddisfatto il loro credito nella misura minima del 40 per cento. Tale percentuale permetteva ai creditori di poter fare affidamento su una soddisfazione che, seppur lontana dalla totalità del credito, rappresentasse comunque una parte consistente di esso ed avesse il pregio di essere coperta da una serie di garanzie. La previsione di questa soglia minima garantiva così maggiore e più efficace tutela ai creditori rispetto all’ipotesi della moratoria, nella quale si concedeva una dilazione senza alcuna garanzia di soddisfazione del proprio credito.

Gli articoli 2 e 3 prevedevano inoltre il rispetto di alcune condizioni per l’ammissibilità del ricorso, di natura formale e sostanziale, quali la regolare tenuta delle scritture contabili, la regolare costituzione della società e la garanzia della percentuale minima. Era invece compito del tribunale valutare che il ricorrente non fosse indegno, e quindi meritevole di questa procedura, condizione mancante nel caso di condanna per uno dei reati ex. art. 816 del codice di commercio, cioè

⁸ Così G. BONELLI, *Del fallimento: Commento al Codice di Commercio*, vol. III, Milano, 1923, p. 444, nota 4: “Tale disposizione apparve negli stessi termini in cui poi è rimasta (salva la misura della percentuale) fin dal primo progetto GIANTURCO, mentre non esisteva in quella della Commissione. (La misura originaria era del 50%; poi si diminuì fino al 35, e finalmente l’ultimo progetto la portò al 40) «In tale modo (diceva la Relaz. GIANTURCO) si dà ai creditori l’immediato affidamento della restituzione di una parte notevole del loro avere, e non, come ora avviene colla moratoria, la nuda speranza di un pagamento integrale...che svanisce sollecita dinanzi ad offerta, accettata nel timore di peggio, di dividendi irrisori».”

⁹ Art. 2, legge 24 maggio 1903, n.197.

¹⁰ La legge 995/1930 estese inoltre tali garanzie anche per il pagamento degli interessi legali sulla somma da corrispondere oltre i sei mesi.

bancarotta fraudolenta, falso, furto, appropriazione indebita, truffa. Il concordato preventivo così concepito rappresentava più un beneficio per il debitore meritevole che uno strumento diretto a tutelare l'interesse dei creditori, i quali rimanevano privi delle garanzie del concordato tutte le volte in cui il debitore non fosse considerato meritevole dal tribunale.

La legge 17 aprile 1925 n. 473 riformò gli aspetti processuali del concordato mentre maggiori cambiamenti furono apportati con la legge 10 luglio 1930 n. 995. Con essa fu previsto un termine di 6 mesi entro il quale il debitore doveva adempiere, con la possibilità di una soddisfazione ultra-semestrale soltanto attraverso l'estensione delle garanzie anche agli interessi legali¹¹, e fu precisata l'inammissibilità del ricorso per il ricorrente che fosse già stato dichiarato fallito o che avesse ottenuto, nei cinque anni antecedenti, un concordato preventivo.

Nel progetto del codice di commercio del 1940 era prevista, oltre all'ipotesi di concordato con garanzia, la possibilità che il debitore offrissi ai propri creditori in pagamento tutti i beni esistenti nel suo patrimonio alla data della proposta di concordato, purché dalla valutazione di tali beni si potesse ragionevolmente ritenere che i creditori sarebbero stati soddisfatti almeno nella percentuale minima del 40 per cento¹².

1.2. Il concordato preventivo nel Regio Decreto n. 267 del 1942

Il r.d. 267 del 1942, riformando la disciplina dell'insolvenza, dedicò al concordato preventivo, quale procedura concorsuale minore alternativa al fallimento, gli articoli da 160 a 186.

¹¹ La legge 10 luglio 1930, n. 995 che all'art. 23 comma 3 prevede "Non può inoltre essere ammesso alla procedura del concordato preventivo il commerciante che non offra serie garanzie reali o personali di poter pagare non oltre sei mesi dalla data della sentenza di omologazione del concordato il minimo del quaranta per cento stabilito dall'art. 3, n. 3, legge 24 maggio 1903, n.197, a meno che non siano offerte uguali garanzie per il pagamento degli interessi legali sulle somme da corrispondere oltre sei mesi". Cambiando anche la premessa dell'art. 3 rispetto a quella prevista del 1903, sostituendo l'inammissibilità del ricorso con l'espressione "non ammesso il ricorrente alla procedura di concordato preventivo".

¹² L. STANGHELLINI, *Il declino del concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Giur. comm.*, 1993, Giuffrè, Milano, pp. 254-255.

L'art. 160 riservava all'imprenditore, già in stato di insolvenza, la legittimazione a richiedere di essere ammesso alla procedura di concordato preventivo e al comma 2 erano previste due diverse possibilità: il concordato con garanzia e il concordato con cessione dei beni, al quale si aggiunge poi il concordato misto.

Nella prima procedura l'imprenditore poteva formulare la proposta di pagare almeno il quaranta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari entro sei mesi dalla data di omologazione, offrendo serie garanzie reali o personali. Qualora avesse proposto una dilazione maggiore, doveva offrire le stesse garanzie anche per il pagamento degli interessi legali sulle somme da corrispondere oltre i sei mesi.

La seconda possibilità prevedeva di offrire in cessione ai creditori tutti i beni esistenti nel proprio patrimonio alla data della proposta di concordato, ad eccezione di quelli strettamente personali indicati nell'art. 46 della l. fall., purché dalla valutazione di tali beni si potesse fondatamente ritenere che i creditori chirografari sarebbero stati pagati nella misura minima del 40 per cento. Tale possibilità, già prevista nel progetto del codice di commercio del 1940, ha confermato la volontà del legislatore di regolare una forma di concordato che, pur deviando dall'originaria concezione, si era già diffusa nella prassi¹³. In entrambe le proposte i creditori con diritto di prelazione dovevano essere pagati integralmente¹⁴, con l'eccezione del caso in cui avessero deciso in tutto o in parte di rinunciarvi (solitamente quando certi dell'incapienza del bene in garanzia), degradando il loro credito a chirografario e acquisendo il diritto di voto correlato, come previsto dall'art. 177.

¹³ GU n. 81 del 6 aprile 1942, pp.14-15, La relazione al Re del Ministro guardasigilli (Grandi) al paragrafo 37, prevede: "Nella nuova disciplina del concordato preventivo muta la sua fisionomia rispetto alla legge anteriore. Com'è noto il concetto ispiratore dell'istituto del concordato era quello di offrire al debitore onesto e sfortunato, il mezzo per evitare la inesorabile distruzione della sua impresa, per se stessa vitale, con danno della pubblica economia. E' però anche noto che nella pratica questo istituto aveva finito col deviare – ed era inevitabile – dalla originaria concezione: ed era diventato un mezzo per il debitore di superare onorevolmente il dissesto e ottenere la sua liberazione attraverso la cessione dei suoi beni ai creditori. Di fronte a questa realtà, la legge, anziché resistere e perpetuare la finzione, ha ritenuto che il miglior partito fosse quello di provvedere a disciplinarla: anche perché la cessione dei beni è sovente l'unico mezzo per conservare l'impresa, sia pure attraverso il mutamento del suo titolare".

¹⁴ Oltre alle spese procedurali ed i crediti prededucibili.

Sulla natura giuridica del concordato preventivo vi è sempre stato ampio dibattito¹⁵ fra coloro che sostenevano una natura pubblicistica e coloro che invece sostenevano una tesi contrattualistica dell'istituto¹⁶. La natura contrattualistica¹⁷ del concordato preventivo veniva prospettata secondo un ventaglio di ipotesi, inquadrando l'istituto in un accordo stragiudiziale riconducibile alla cessione dei beni ai creditori ex art. 1977 c.c. o individuando nel concordato una transazione ex art. 1965 c.c.¹⁸, con la ricorrenza dei suoi elementi tipici: le reciproche concessioni (*aliquid datum, aliquid retentum*) e lo scopo di evitare la lite, rappresentata dal fallimento, dove il provvedimento di omologazione avrebbe svolto gli effetti di una mera *condicio iuris*. Le maggiori critiche alla concezione contrattualistica riguardavano, per la qualifica come cessione di beni ex art. 1977 c.c., la capacità del concordato preventivo di vincolare coloro che esprimano un voto contrario e coloro che addirittura non prendano parte all'accordo; mentre per la concezione ex art. 1965 c.c. le critiche riguardavano il fatto che il concordato non fosse caratterizzato da un contenuto essenzialmente rivolto alle reciproche concessioni, bensì da un accordo essenzialmente dilatorio e/o remissorio, nel quale non fosse individuabile una lite, né attuale né potenziale.

La concezione pubblicistica del concordato preventivo appariva parimenti poco convincente: una ricostruzione vedeva un processo giurisdizionale nel quale si verificava l'espropriazione del diritto dei creditori per effetto della sentenza di omologazione, a vantaggio della collettività, dirimendo così il conflitto tra debitore concordatario e creditori insoddisfatti; un'altra¹⁹ individuava nel decreto di ammissione alla procedura di concordato un provvedimento cautelare, volto ad impedire la disgregazione del patrimonio del debitore e a rendere possibili gli effetti del giudizio di omologazione, quali l'espropriazione dei diritti dei creditori

¹⁵ Sul tema v. U. AZZOLINA, *Il fallimento e altre procedure concorsuali*, UTET, Torino, 1961, pp.1577-1585.

¹⁶ Sul tema v. AA. VV. *Le altre procedure concorsuali. Reati fallimentari. Problematiche comunitarie e trasversali. Fallimento e fisco*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali* a cura di Umberto Apice, Giappichelli, Volume 3, 2011, pp. 7-12.

¹⁷ Sul tema v. G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 69-82.

¹⁸ F. FERRARA – A. BORGIOI, *Il Fallimento*, Giuffrè, Milano, pp. 164-168.

¹⁹ U. AZZOLINA, *op.cit.*, pp.1580-1581, richiama M. GHIDINI, *Oggetto del concordato. Contenuto e natura del decreto di ammissione della sentenza di omologazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1940, I, p. 90 e seguenti.

ed il risanamento dell'impresa; un'altra ancora²⁰ inquadrava il concordato preventivo in un procedimento esecutivo concorsuale attenuato, in quanto la domanda del debitore si risolveva nella richiesta di ottenere che invece di una forma di esecuzione (fallimento) se ne realizzasse un'altra; oppure ancora, si individuava una fase volontaria, limitatamente all'iniziativa del debitore, ed una fase contenziosa, e cioè un processo esecutivo concorsuale. Tutte queste diverse qualificazioni del concordato preventivo tendono ad affermare l'impossibilità e forse l'inutilità della riconduzione della natura del concordato preventivo a una concezione puramente privatistica o pubblicistica, proprio per la particolarità dell'istituto.

1.2.1. Il concordato con garanzie

Il concordato con garanzia seguiva l'idea conservativa alla base dell'istituto del 1903 di permettere al debitore di evitare la liquidazione dell'azienda, rimanendo in possesso e a capo della stessa. La soddisfazione dei crediti era assicurata da garanzie personali o reali del debitore o di un terzo che si obbligasse in sua aggiunta o sostituzione. La proposta presentata dal debitore doveva rispondere ai requisiti richiesti dall'art. 160 l. fall., assicurando la soddisfazione integrale dei creditori prelatizi e la percentuale minima del 40 per cento per i crediti chirografari. La proposta di concordato preventivo, affinché potesse ottenere l'omologazione, doveva essere votata favorevolmente dalla maggioranza dei creditori che avessero rappresentato almeno i due terzi dei creditori ammessi al voto. Al fine di rendere la procedura e la soddisfazione dei creditori le più agevoli e spedite possibili, fu prevista la possibilità di anticipare all'adunanza dei creditori le contestazioni, prevedendo la possibilità di ammissioni provvisorie al voto e alleggerendo così il compito del tribunale in sede di omologazione²¹.

Con l'omologazione il concordato diveniva obbligatorio per tutti i creditori anteriori al decreto di apertura della procedura. Il debitore aveva l'obbligo di pagare integralmente e senza nessun tipo di posticipazione i creditori con

²⁰ A. CANDIAN, *Il processo di concordato preventivo*, Cedam, 1937, pp. 15-33.

²¹ Artt. 175 e 176, r.d. 267/1942; sul tema della ricerca del legislatore di una soddisfazione celere dei creditori L. STANGHELLINI, *op.cit.*, pp. 272-273.

prelazione e nelle misure e scadenze pattuite i chirografari, mentre nel caso di crediti contestati, per natura o entità, il pagamento avveniva attraverso l'accantonamento delle somme presso un istituto di credito. La sorveglianza sull'esecuzione del concordato spettava al commissario giudiziale ai sensi dell'art. 185 l. fall., che si limitava a controllarne l'adempimento, riferendo al tribunale in caso di atti pregiudizievoli nei confronti dei creditori.

In caso di mancata costituzione delle garanzie, mancato rispetto delle obbligazioni assunte con il concordato o mancato raggiungimento delle soglie minime di soddisfacimento entro i termini della proposta, i creditori chirografari o privilegiati potevano chiedere la risoluzione. Essa poteva anche essere dichiarata d'ufficio dal tribunale ma non poteva essere richiesta dal debitore.

In caso di risoluzione o annullamento del concordato il tribunale dichiarava il fallimento.

1.2.2. Il concordato con cessione di beni

Il concordato con cessione di beni, già presente nel progetto del codice di commercio nel 1940 e disciplinato dal legislatore nel 1942, aveva nella maggior parte dei casi finalità liquidatorie. Attraverso la liquidazione dei beni si adempiva alle obbligazioni, purché tali beni avessero valore sufficiente a soddisfare integralmente i creditori con prelazione e a raggiungere la percentuale minima prevista per i creditori chirografari. La liquidazione però non era l'unica forma di soddisfazione ammessa e il legislatore consentiva al creditore la possibilità di formulare proposte che contenessero altre forme di cessione, come il trasferimento dei beni ai creditori in proprietà o l'accordo tra creditori e debitore per il trasferimento dell'impresa al fine di gestirla in proprio.

Nel concordato con cessione di beni non erano previste garanzie ulteriori, secondo il presupposto che il complesso di beni dovesse essere in grado di coprire se non l'interezza del passivo, almeno la percentuale minima garantita, affinché il concordato potesse essere omologato.

La cessione comprendeva tutti i beni presenti nel patrimonio del debitore al momento della domanda con la sola eccezione di quelli strettamente personali ex art. 46 l. fall., più gli eventuali beni sopraggiunti nel periodo compreso fra la

presentazione della domanda e la sentenza di omologazione da parte del tribunale. Questo avveniva anche nel caso in cui vi fossero fondati motivi per ritenere il patrimonio idoneo a soddisfare i termini della proposta o addirittura l'intero credito, discutendo sulla possibilità di un'eventuale restituzione dell'eccedenza. Occorreva quindi comprendere se in caso di cessione di beni si trattasse di una cessione *pro soluto*, con liberazione immediata del debitore, o se si trattasse di una cessione *pro solvendo*, dalla quale il debitore si potesse ritenere liberato soltanto dopo che i creditori avessero ottenuto quanto di loro spettanza. Tale distinzione si rilevava anche per l'attribuzione dell'eventuale eccedenza originata dalla liquidazione dei beni. Nel primo caso l'eccedenza spettava interamente ai creditori, mentre nel secondo caso si discuteva se essa spettasse interamente al debitore o soltanto nella parte rimanente a seguito dell'integrale soddisfazione dei creditori chirografari. Nonostante la rarità dei casi di eccedenza, la soluzione sembrava doversi trovare nel contenuto concreto del concordato omologato. Solitamente il concordato prevedeva una cessione ad effetti reali, con conseguente liberazione del debitore con la semplice cessione e attribuzione ai creditori dell'eccedenza della liquidazione. Nel caso invece che alla cessione fossero conseguiti meramente effetti obbligatori di gestione e liquidazione dei beni, il debitore sarebbe stato liberato solo quando i creditori fossero stati soddisfatti nei termini dell'accordo e al debitore sarebbe spettata l'eventuale eccedenza solo se ciò fosse risultato espressamente dal concordato omologato²².

Inoltre, per quanto attiene all'effetto liberatorio nei confronti del debitore, l'art. 186, comma secondo prevedeva che il concordato con cessione di beni non si risolvesse qualora a seguito della liquidazione fosse ricavata una percentuale inferiore a quella garantita del 40 per cento.

1.2.3. Il concordato misto

Nella prassi aveva trovato applicazione una terza forma di concordato preventivo, costituita da entrambe le specie previste dal secondo comma dell'art. 160 l. fall.:

²² AA. VV., *Le procedure concorsuali minori, disciplina penale, profili fiscali*, in *Le procedure concorsuali*, a cura di G.U. TEDESCHI, UTET, 1996, p. 41; Tribunale di Salerno, 06 marzo 1979, in *Fall.*, 1979, nota 4-5, pp. 906-907.

la cessione dei beni e la garanzia reale o personale di pagamento dei crediti. Questo permetteva ai creditori di fare affidamento non solo sulla liquidazione dei beni ma anche, qualora essa non avesse garantito una soddisfazione sufficiente (integrale per i crediti prelatizi e almeno pari alla soglia del quaranta per cento per i chirografari), di poter pretendere l'escussione delle garanzie prestate dal debitore o da un terzo per lui. Questo doppio binario, assicurando i creditori sulla possibilità di veder soddisfatto il proprio credito, garantiva al debitore una maggior probabilità di ottenere l'approvazione dei creditori e l'omologazione da parte del tribunale, permettendo una soddisfazione migliore rispetto alla procedura fallimentare. In forza del richiamo generico fatto dall'art. 186, all'art 137, incluso il comma quarto, oltre alle garanzie del debitore o di un terzo, l'obbligo nei confronti dei creditori poteva essere preso in carico da un assuntore con liberazione immediata del debitore. In tal caso, il debitore trasferiva tutti i beni ad un terzo, il quale a sua volta si impegnava a soddisfare i creditori in una percentuale non inferiore a quella legale.

Presumendo che la liquidazione dei singoli beni fosse meno conveniente della cessione aggregata dei beni e che offrisse meno tutele al debitore, poiché non teneva conto del valore dell'avviamento in aggiunta al complesso dei beni dell'azienda, trovarono applicazione le proposte di concordato contenenti ipotesi di affitto o cessione di azienda, possibilità che garantivano anche il mantenimento di una buona parte dei posti di lavoro. Nello specifico, la dottrina osservò che l'affitto d'azienda, ampiamente utilizzato per la conservazione dell'impresa, non fosse pienamente efficiente, perché consentiva all'affittuario solo l'ordinaria gestione senza possibilità di riorganizzazione e perché la prelazione attribuitagli limitava la libera concorrenza sulla futura vendita dell'azienda e quindi incideva in maniera rilevante sull'interesse dei creditori al massimo realizzo²³.

²³ L. STANGHELLINI, *op.cit.*, pp. 270-271; AA. VV., *Le procedure concorsuali minori, disciplina penale, profili fiscali, op.cit.*, pp. 43-45.

1.3. Le riforme al r.d. n. 267 del 1942

L'idea del legislatore del 1942 di introdurre con il concordato preventivo una procedura che permettesse al “*debitore onesto e sfortunato*” di poter risanare la situazione debitoria e continuare l'attività aziendale, era molto distante da quello che fu l'utilizzo di questo istituto. La prassi dimostrò un uso diretto esclusivamente ad evitare il fallimento e tutte le gravi conseguenze ad esso collegate, spesso attraverso la semplice cessione dei beni ai creditori. Presupposto fondamentale affinché la procedura di concordato potesse adempiere al proprio scopo di mantenere in vita l'azienda attraverso il debitore, i creditori o un terzo, era la tempestiva attivazione della procedura; un eccessivo ritardo spesso comportava una grave situazione debitoria e pochi margini di successo. Un utilizzo corretto e tempestivo, quando la situazione di crisi risultava ancora reversibile, dava una buona possibilità di successo; nella maggior parte dei casi però, la resistenza dell'imprenditore comportava il ricorso a tale istituto solamente quando la situazione fosse profondamente aggravata o addirittura del tutto compromessa. In pratica tale strumento non veniva più utilizzato come mezzo per risolvere la crisi d'impresa ma per cercare di evitare al debitore le conseguenze di un fallimento.

L'esigenza di una riforma delle procedure concorsuali fu maggiormente avvertita dalla dottrina e dagli operatori della materia alla fine degli anni '80.

Dal 2000 si sono succeduti vari progetti di riforma della legge fallimentare, il cui tratto comune, diversamente graduato, era individuabile nella volontà di liberalizzare la procedura con cui il debitore propone ai suoi creditori un accordo per risolvere la crisi. Tali progetti vennero redatti con il contributo di commissioni governative, gruppi parlamentari ed associazioni di categoria; meritano una menzione il progetto elaborato dall'Associazione Bancaria Italiana (ABI) che introduceva una procedura innovativa denominata “procedura di gestione delle difficoltà d'impresa”, che rappresentava una soluzione stragiudiziale per la rimozione delle crisi di impresa reversibili, e il progetto del gruppo parlamentare dei Democratici di Sinistra, che prevedeva diverse modalità di intervento a

seconda che l'impresa si trovasse in una situazione di temporanea difficoltà ad adempiere o di insolvenza imminente, insolvenza attuale oppure crisi²⁴.

1.3.1. Le riforme del 2005-2007

Nel dicembre 2001, con decreto del Ministro della Giustizia, veniva istituita una Commissione ministeriale con a capo l'Avv. Sandro Trevisanato. All'interno di essa erano presenti due diverse concezioni della gestione della crisi d'impresa: una più tradizionale, caratterizzata dall'idea che il controllo del giudice dovesse essere il fulcro della procedura, e l'altra, più innovativa, contraddistinta dalla necessità di attribuire maggiore autonomia e importanza agli accordi tra debitore e creditori, limitando i poteri del giudice. Tale dualismo si manifestò anche nei due schemi di legge presentati nel 2003 per la delega al governo della riforma organica, il primo espressione della maggioranza della commissione ed il secondo della minoranza²⁵. Per cercare di superare tale dualismo, con d.m. 24 febbraio 2004, il Governo decise di istituire una Commissione più ristretta, presieduta dall'Avv. Sandro Trevisanato (Commissione Trevisanato-bis), alla quale fu attribuito l'incarico di predisporre un terzo e definitivo testo da sottoporre al Parlamento per la votazione. La Commissione elaborò uno schema di legge di riforma delle procedure concorsuali composto da oltre 250 articoli, che però non fu mai presentato al Consiglio dei Ministri. Lo schema di decreto prevedeva, oltre ai cosiddetti istituti di allerta e prevenzione diretti a far emergere tempestivamente la crisi di impresa, così da poter intervenire efficacemente per il suo superamento, due procedure concorsuali di ampio respiro: la procedura concordata della crisi d'impresa, finalizzata a consentire al debitore di superare stato di insolvenza o comunque la crisi, proponendo ai creditori un piano avente finalità conservative, liquidatorie o miste e la procedura di liquidazione concorsuale, destinata a sostituire la procedura di fallimento e diretta a soddisfare i creditori concorsuali attraverso la liquidazione del patrimonio del debitore e la successiva distribuzione

²⁴ V. LENOCI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il diritto privato oggi*, a cura di P. CENDON, Giuffrè, Milano, 2010, p.19.

²⁵ Minoranza rappresentata essenzialmente dai delegati di Confindustria, A.B.I. e Banca d'Italia.

del ricavato ovvero attraverso un piano di regolazione dell'insolvenza alternativo alla liquidazione del curatore²⁶.

Tale modello non trovò seguito poiché il Governo improvvisamente mutò orientamento, optando per una riforma parziale della Legge Fallimentare del 1942 attraverso il d.l. 14 marzo 2005, n. 35.

Con il decreto del 2005²⁷ sono stati apportati profondi cambiamenti, ma il metodo utilizzato ha determinato alcuni difetti di coordinamento con le altre norme della legge fallimentare non toccate dalla riforma. Questo è dovuto al fatto che si è scelto di estrapolare soltanto alcune disposizioni dal più ampio testo governativo di riforma della legge fallimentare (definito come “maxi-emendamento” ad un altro testo in discussione al Senato). In particolare per il d.l. 35/2005 il concordato preventivo non è più un beneficio concesso al debitore sfortunato ma onesto, ma è espressione dell'autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 c.c. Sono stati rimossi i requisiti di meritevolezza del debitore ricorrente ed è stata notevolmente ristretta la possibilità di un giudizio di convenienza, ormai limitato al caso di c.d. *cram down*. Ulteriore novità è l'ampliamento del presupposto oggettivo, passando dallo *stato di insolvenza* allo *stato di crisi* che, ammettendo anche forme più lievi come il pericolo di insolvenza e la temporanea difficoltà, ha ampliato le possibilità di ricorso al concordato preventivo. Il legislatore non ha dato una definizione di *stato di crisi* ma può aiutare nella comprensione quella che è stata data dalla Commissione Trevisanato-bis all'art. 2, come “la situazione patrimoniale, economica o finanziaria in cui si trova l'impresa, tale da determinare il rischio di insolvenza”.

Con il d.l. 35/2005 viene attribuita al debitore la totale libertà per quanto concerne il contenuto della proposta, non più vincolata alle alternative del concordato con garanzia del pagamento di una percentuale minima, del concordato con cessione di beni o del concordato misto, ma anche rispetto ai presupposti, al sistema di votazione e al giudizio di omologazione²⁸. Rispetto alla proposta è stata introdotta la necessità della predisposizione da parte del debitore di un “piano” finalizzato

²⁶ V. LENOCI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, pp. 18-21

²⁷ D.l. 14 marzo 2005, n. 35, pubblicato in G.U. 16 marzo 2005, n. 62.

²⁸ Per un approfondimento P. F. CENSONI, *Il “nuovo” concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2005, fasc. 5, pp. 723-748.

alla “ristrutturazione dei debiti” o alla “soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma”, il cui contenuto può comprendere sia le vecchie forme di concordato sia nuove architetture finanziarie, come ad esempio la costituzione di nuove società o la trasformazione dei crediti in capitale di rischio. Il piano del debitore può prevedere la possibilità di suddividere i creditori in diverse classi, costituite “secondo posizioni giuridiche e interessi economici omogenei”, e di trattarle in modo differenziato, prescindendo dal rispetto della *par condicio creditorum*. Tale norma prevede la possibilità di ricomprendere nelle varie classi anche i creditori privilegiati²⁹.

Il debitore non deve più esporre “le cause che hanno determinato la sua insolvenza e le ragioni della proposta di concordato” come prevedeva la disciplina precedente ma deve presentare una “aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell’impresa, uno stato analitico ed estimativo delle attività, l’elenco nominativo dei creditori, con l’indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione e l’elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore”. L’art. 161 comma 3, modificato dal d.l. 35/2005, richiede inoltre che il piano e la documentazione presentata dal debitore con il ricorso siano accompagnati dalla relazione di un professionista, scelto dal debitore e in possesso dei requisiti richiesti per la nomina a curatore, che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano.

Un’altra importante novità è inserita nell’art. 177 l. fall.³⁰ a proposito dell’approvazione del concordato da parte dei creditori, il quale distingue a

²⁹ Per un approfondimento L. STANGHELLINI, *L’approvazione dei creditori nel concordato preventivo: legittimazione al voto, maggioranze e voto per classi*, in *Fall.*, 2006, 9, pp. 1059-1066.

³⁰ L’art. 177 riformato dall’art. 2 del d.l. 35/2005 prevedeva: “Il concordato è approvato se riporta il voto favorevole dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto. Ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se riporta il voto favorevole dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto nella classe medesima. Il tribunale, riscontrata in ogni caso la maggioranza di cui al primo comma, può approvare il concordato nonostante il dissenso di una o più classi di creditori, se la maggioranza delle classi ha approvato la proposta di concordato e qualora ritenga che i creditori appartenenti alle classi dissenzienti possano risultare soddisfatti dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili. I creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, ancorché la garanzia sia contestata, non hanno diritto al voto se non rinunciano al diritto di prelazione. La rinuncia può essere anche parziale, purché non inferiore alla terza parte dell’intero credito fra capitale ed accessori. Qualora i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca rinuncino in tutto o

seconda che il piano di concordato preveda o meno la suddivisione dei creditori in classi.

Se il piano prevede la suddivisione dei creditori in classi, deve ottenere il voto favorevole dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto in ogni classe. Se la maggioranza (per somma) dei crediti ammessi al voto è favorevole in ogni classe, la maggioranza dell'intero ceto creditorio (per somma) è favorevole al concordato.

La novella prevede anche l'ipotesi che una o più classi di creditori dissentano. Tale dissenso, per quanto detto sopra, dovrebbe impedire l'approvazione del concordato, ma il legislatore ha introdotto nell'ordinamento una regola propria del diritto statunitense, quella c.d. del *cram down*, secondo la quale il tribunale può ugualmente approvare il concordato, purché sussistano tre condizioni:

- a) che in ogni caso la maggioranza dell'intero ceto creditorio (per somma) sia favorevole al concordato;
- b) che la maggioranza delle classi abbia approvato la proposta del debitore;
- c) che i creditori delle classi dissenzienti possano risultare soddisfatti dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.

Rimane quindi limitato a questo caso il controllo della convenienza del concordato da parte del tribunale rispetto alle alternative concretamente praticabili, ovvero il fallimento, non per tutto il ceto creditorio, ma unicamente per i creditori appartenenti alle classi dissenzienti.

Nell'ipotesi in cui non sia presente la suddivisione in classi, viene abbandonato il principio tradizionale in tema di concordato preventivo della doppia maggioranza, di numero e di somma. In precedenza, il concordato doveva essere approvato dalla maggioranza dei creditori votanti, la quale rappresentasse due terzi della totalità dei crediti ammessi al voto. La nuova disciplina richiede esclusivamente la maggioranza semplice dei crediti ammessi al voto. Era quindi, possibile che il concordato risultasse approvato da una minoranza di creditori, qualora essi avessero rappresentato la maggioranza dei crediti ammessi al voto.

in parte alla prelazione, per la parte del credito non coperta dalla garanzia sono assimilati ai creditori chirografari; la rinuncia ha effetto ai soli fini del concordato (...)"

Il d.l. 35/2005 è stato quindi convertito nella legge 14 maggio 2005, n. 80, con la quale all'art. 1, quinto e sesto comma, è stata conferita al Governo la delega ed i principi per la riforma organica della legge fallimentare.

I principi guida del Parlamento prevedevano l'abrogazione dell'amministrazione controllata e la modifica della disciplina del fallimento e nello specifico: limitare il numero dei soggetti che possono fallire, ampliare i poteri di controllo ai creditori durante la procedura di fallimento, modificare i requisiti per la nomina a curatore, conservare il valore dell'azienda attraverso strumenti idonei, accelerare e aumentare la duttilità del concordato fallimentare. Veniva così sancita la fine ufficiale dell'amministrazione controllata, istituto comunque caduto in desuetudine dopo che il concordato preventivo era stato reso flessibile e idoneo ad adeguarsi ad una pluralità di necessità.

Tale delega è stata esercitata con il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, entrato in vigore il 17 luglio 2006. Successivamente, l'istituto del concordato preventivo è stato corretto ed integrato col d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, emanato dal Governo in virtù dell'ulteriore delega conferitagli dall'art. 1, co. 5-*bis*, l. 80/2005, aggiunto dall'art. 1, co. 3, l. 12 luglio 2006, n. 228.

Con il d.lgs. 169/2007 hanno fatto ingresso nel diritto fallimentare l'istituto della esdebitazione e della transazione fiscale *ex art. 182-ter l. fall.*: il primo nel caso di procedura fallimentare ed il secondo di concordato preventivo.

Il suddetto decreto nominato "Decreto correttivo" ha cercato di rendere ancor più agevole il percorso di adozione dell'istituto del concordato preventivo, eliminando in parte le disarmonie della precedente disciplina.

Una delle novità più importanti è quella prevista dall'art. 12 del d.lgs. 169/2007, che ha modificato l'art. 160, secondo comma, l. fall., in questi termini: "la proposta può prevedere che i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, non vengano soddisfatti integralmente, purché il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione indicata nella relazione giurata di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d) della l. fall. Il trattamento stabilito per ciascuna

classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione". È stata così prevista espressamente la soddisfazione non integrale dei creditori prelatizi nel concordato preventivo, la quale ad ogni modo, seppur in percentuale rispetto al credito vantato, non potrebbe mai essere inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione fallimentare. Con questa prima novità i creditori possono essere pagati parzialmente e, per la parte non soddisfatta del credito, essere equiparati ai chirografari.

Viene inoltre introdotto con l'art. 15 del decreto, al secondo comma dell'art. 175 l. fall., la possibilità di modificare la proposta, sia in senso migliorativo che peggiorativo, purché tale modifica avvenga prima dell'inizio delle operazioni di voto della proposta da parte dei creditori.

Il decreto correttivo ha modificato profondamente la fase dell'omologazione del concordato ed in particolare ha attribuito al giudice delegato il dovere di accertare il raggiungimento delle maggioranze e di comunicarlo al tribunale, il quale fissa un'udienza in camera di consiglio per la comparizione delle parti e del commissario giudiziale. La modalità con la quale il tribunale esercita i propri poteri in giudizio differisce a seconda che ci siano o meno opposizioni: nel caso in cui esse non siano proposte, il tribunale opera un giudizio di mera legittimità sulla regolarità della procedura e sull'esito della votazione, ed omologa il concordato con decreto non soggetto a gravame. Viceversa, nel caso di opposizione, provvede ad assumere i mezzi istruttori richiesti dalle parti. Nel caso in cui il tribunale neghi l'omologazione del concordato, non essendo più prevista la dichiarazione d'ufficio, dovrebbe dichiarare il fallimento solo una volta verificata la sussistenza dei presupposti su istanza dei creditori o del Pubblico Ministero, al quale deve essere comunicata la domanda di concordato in forza del nuovo quinto comma dell'art. 161 l. fall. Da queste novità si evince chiaramente l'idea di fondo del legislatore che con la riforma ha voluto favorire il ricorso a procedure concorsuali diverse dal fallimento. L'art. 186 l. fall. come modificato dall'art. 17 del decreto correttivo prevede: "Ciascuno dei creditori può richiedere la risoluzione del concordato per inadempimento. Il concordato non si può risolvere se l'inadempimento ha scarsa importanza". Viene quindi ammessa la possibilità di risoluzione soltanto su impulso dei creditori e solamente qualora l'inadempimento

non sia di scarsa entità. Come sostiene Lo Cascio: “Sino all’introduzione del decreto correttivo e integrativo n. 169 del 2007, si era rimasti nell’ambito delle stesse regole concorsuali e anzi si era tentato di migliorarne il contenuto e la loro adattabilità, secondo gli orientamenti interpretativi che la giurisprudenza aveva avuto occasione di elaborare. Le successive modifiche non solo si sono poste al di fuori dei percorsi tracciati dalla riforma, ma hanno reso scarsamente equilibrato l’intero sistema”³¹.

Con gli obiettivi di imprimere una nuova tendenza della legge fallimentare verso la soddisfazione di interessi finanziari e aziendali, di incentivare e agevolare il ricorso alla procedura di concordato preventivo e l’utilizzo dell’accordo di ristrutturazione dei debiti da parte delle imprese in stato di crisi o di insolvenza, il legislatore è tornato ad intervenire sulla legge fallimentare nel 2010, con il d.l. 31 maggio 2010 n. 78, convertito in l. 30 luglio 2010, n. 122, soprattutto in tema di prededucibilità dei crediti ed in materia penale, al fine di favorire l’accesso al credito. Con l’art. 182-quater l. fall. si riconosce la prededucibilità dei crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati da banche o intermediari finanziari in esecuzione o in funzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato, sia dei finanziamenti effettuati dai soci, i quali conferiscono a titolo di finanziamento e non di capitale di rischio, nei limiti dell’ottanta per cento delle somme prestate. La disciplina viene completata dall’art. 217-bis l. fall., che prevede l’esonero dai reati di bancarotta per i pagamenti e le operazioni compiute in esecuzione di un concordato preventivo di cui all’articolo 160 l. fall. o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell’art.182-bis, ovvero del piano attestato di risanamento ex art. 67, co. 3, lett. d), l. fall.

1.3.2. Le modifiche degli anni 2012-2013

Nel corso del 2012 sono stati fatti due interventi modificativi del r.d. 267 del 1942. L’obiettivo legislativo è stato quello di consentire soluzioni conservative in grado di assicurare la salvaguardia dei livelli occupazionali, dei contratti con

³¹ G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 62-63.

fornitori e assicurare ai creditori maggiore ricchezza rispetto a quella ricavabile in un contesto concorsuale liquidatorio.

Il primo intervento è avvenuto con il d.l. 22 giugno 2012, n. 83, c.d. Decreto Sviluppo³², convertito poi con la legge 7 agosto 2012, n. 134 che si poneva l'obiettivo di introdurre un pacchetto di misure infrastrutturali, di strumenti di stimolo e di crescita per l'economia. Tale decreto, come si legge nella relazione illustrativa, aveva lo scopo di "migliorare l'efficienza dei procedimenti di composizione delle crisi d'impresa disciplinati dalla legge fallimentare, superando le criticità emerse in sede applicativa e promuovendo l'emersione anticipata della difficoltà di adempimento dell'imprenditore". In linea con i principi ispiratori delle recenti riforme della disciplina fallimentare, l'opzione di fondo che orienta l'intervento è quella di incentivare l'impresa a denunciare per tempo la propria situazione di crisi, piuttosto che assoggettarla a misure di controllo esterno che la rilevinano. In particolare, i più gravi disincentivi al tempestivo accesso delle imprese in crisi alle procedure di concordato preventivo e ai procedimenti di omologazione degli accordi di ristrutturazione possono essere così riassunti:

- l'insufficiente protezione del debitore durante la preparazione del piano di ristrutturazione;
- le criticità connesse al finanziamento dell'attività del debitore durante la preparazione del piano o la negoziazione dell'accordo (c.d. finanza interinale);
- la mancanza di una disciplina specifica che faciliti il concordato con continuità aziendale, soprattutto prevedendo la continuazione dei contratti in corso;
- l'assenza di una specifica disciplina dei requisiti di indipendenza del professionista attestatore nominato dal debitore, di cui all'articolo 67, lettera d), che trova applicazione anche in caso di concordato preventivo ed accordo di ristrutturazione;
- l'operatività della causa di scioglimento per perdita del capitale e degli obblighi di capitalizzazione anche nel corso del procedimento per l'omologazione del

³² D.l. 22 giugno 2012, n. 83 pubblicato su G.U. del 26 giugno 2012, n. 147, Supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale.; Per un commento al decreto AA. VV., *Il concordato preventivo alla luce delle novità introdotte dall'art. 33 D.L. n. 83/2012*, 12 ottobre 2012, in *Diritto 24, Il Sole 24 Ore*.

concordato preventivo non finalizzato alla liquidazione e, soprattutto, del procedimento per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti³³.

Una delle novità principali introdotte dall'art. 33 del decreto, prendendo a modello il *chapter 11* del *Bankruptcy code* statunitense, riguardava la possibilità di depositare il c.d. concordato in bianco, ovvero un ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione richiesta dall'art. 161, commi 2 e 3, l. fall., entro un termine fissato dal giudice compreso fra sessanta e centoventi giorni prorogabile per ulteriori sessanta giorni. Al fine di ovviare al problema del peggioramento irreversibile della situazione di crisi durante il periodo di predisposizione del piano, frequente nella prassi, si consentiva al debitore di beneficiare subito degli effetti protettivi connessi al deposito del ricorso, permettendogli di continuare ad amministrare l'azienda, salvo i casi di autorizzazione del tribunale per attività di straordinaria amministrazione, evitando che la richiesta di concordato potesse aggravare lo stato di crisi dell'impresa.

La novità più importante riguarda l'introduzione dell'art. 186-*bis* l. fall., da parte della lettera h) dell'art. 33 del decreto³⁴ che disciplina il concordato con continuità aziendale, ossia quello finalizzato alla prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, ma attuabile anche attraverso la cessione o il conferimento dell'azienda in una società esistente o in una società di nuova costituzione (NewCo). Nello specifico, al debitore si riconosce la possibilità di prevedere nel piano una moratoria sino ad un anno per il pagamento dei creditori muniti di cause legittime di prelazione e si esclude la risoluzione dei contratti pendenti a causa dell'ammissione alla procedura di concordato nonostante l'esistenza di patti contrari. Il piano deve contenere un'indicazione analitica dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista nel concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura. Il piano può inoltre prevedere la liquidazione dei beni non funzionali all'esercizio dell'impresa senza intaccare il concetto di continuità aziendale. Vi deve essere una relazione

³³ Art. 33, Relazione illustrativa al d.l. 83/2012, consultabile on line sul sito <http://www.upi.emilia-romagna.it/Lists/In%20Primo%20Piano/DispForm.aspx?ID=185>.

³⁴ Per un approfondimento F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il "Decreto sviluppo"*, Speciale riforma, in *Il Civilista Officina del diritto*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 57-75,

del professionista che attesti che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato sia funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori. Viene inoltre espressamente previsto che l'ammissione alla procedura di concordato con continuità non impedisca la continuazione dei contratti stipulati con la pubblica amministrazione, purché un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67 lettera d) attesti la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento dell'impresa.

Con la lettera f) dell'art. 33 del decreto, che introduce l'art. 182-*quinquies* l. fall., si consente all'impresa in crisi la facoltà di richiedere al tribunale, contestualmente al deposito del ricorso, di essere autorizzata a contrarre finanziamenti prededucibili ai sensi dell'art. 111 l. fall., a condizione che la relazione del professionista attesti che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori in relazione al complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa. Un'ulteriore novità introdotta con l'art. 182-*quinquies* l. fall. riguarda la possibilità per il debitore di richiedere al tribunale, nell'ambito della domanda di ammissione a concordato, di essere autorizzato a pagare crediti anteriori per prestazione di beni o servizi a condizione che un professionista indipendente attesti che gli stessi siano essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori.

Rispetto alla possibilità di modifiche alla proposta o al piano prevista dal d.lgs. correttivo 169 del 2007, viene introdotto l'obbligo di una relazione integrativa dell'esperto in caso di modifiche sostanziali alla proposta o al piano del concordato, ovvero quelle che determinino una variazione di rilievo e non meramente formale della proposta.

La figura maggiormente valorizzata e rafforzata nel nuovo concordato preventivo delineato dal decreto è quella del professionista indipendente³⁵. Il legislatore innanzitutto richiede che il professionista si trovi in una situazione di indipendenza nei confronti del debitore, indicando nella lettera d) dell'art. 67 l. fall., i casi in cui tale condizione non sussista. Sono state inoltre ampliate le ipotesi nelle quali il professionista è chiamato ad esprimersi e dalle cui valutazioni dipendono alcune decisioni del tribunale in merito ad aspetti rilevanti e delicati

³⁵ F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il "Decreto sviluppo"*, op. cit., pp. 10-22,

come il rispetto del principio della *par condicio creditorum*. Conseguenza di tale accrescimento del ruolo è la predisposizione di un apparato di sanzioni penali a carico del professionista che esponga informazioni false o ometta di riferire informazioni rilevanti, previste dall'art. 236-*bis* l. fall.

Per quanto riguarda la votazione dei creditori è stato introdotto all'art. 178, comma quarto³⁶, il meccanismo del c.d. silenzio-assenso, obbligando chiunque sia contrario alla proposta a manifestare esplicitamente il proprio dissenso. Tale meccanismo facilita il debitore nel raggiungimento della maggioranza necessaria all'approvazione della proposta e va a sostituire il sistema precedente del silenzio dissenso, più sfavorevole al ricorrente.

Sempre in tale logica va letta la modifica all'art. 179 l. fall. in materia di approvazione e omologazione del concordato, con la quale il legislatore prevede che qualora il concordato non contempli la formazione di classi, solo i creditori dissenzienti che rappresentino il 20% dei crediti ammessi al voto possano contestare la convenienza della proposta ed ottenere dal tribunale una verifica sull'idoneità del concordato a soddisfare il loro credito in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili, prima di procedere all'omologazione (regola del *cram down*).

Il secondo intervento del 2012 è stato il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 (c.d. Decreto Sviluppo-bis) convertito con la legge 17 dicembre 2012, n. 221. Con esso il legislatore ha voluto introdurre la telematizzazione delle procedure concorsuali³⁷. In particolare, ha previsto che il commissario giudiziale debba comunicare la propria PEC (Posta Elettronica Certificata) sia al registro delle imprese entro dieci giorni dalla nomina, sia nella comunicazione ai creditori ex art. 171, esplicitando l'invito ai creditori medesimi di specificare la propria, con l'avvertimento che in caso di omessa indicazione, la corrispondenza sarebbe effettuata esclusivamente

³⁶ Il quarto comma dell'art.178 l. fall, come modificato dalla lettera d-*bis*) dell'art. 33 del d.l. 83/2012 prevede: "I creditori che non hanno esercitato il voto possono far pervenire il proprio dissenso per telegramma o per lettera o per telefax o per posta elettronica nei venti giorni successivi alla chiusura del verbale. In mancanza, si ritengono consenzienti e come tali sono considerati ai fini del computo della maggioranza dei crediti. Le manifestazioni di dissenso e gli assensi, anche presunti a norma del presente comma, sono annotati dal cancelliere in calce al verbale".

³⁷ G. BOZZA, *Le novità telematiche del decreto sviluppo*, 28 gennaio 2013, in *Il Caso.it*. pp.31-33.

mediante deposito in cancelleria. Inoltre il commissario deve depositare in cancelleria e comunicare ai creditori a mezzo PEC l'inventario del patrimonio del debitore e una relazione particolareggiata sulle cause del dissesto, sulla condotta del debitore, sulle proposte di concordato e sulle garanzie offerte ai creditori, entro non più tre ma dieci giorni prima dell'adunanza dei creditori; deve comunicare infine il decreto di apertura dei procedimenti di revoca del concordato ex art. 173 l. fall.

Per quanto riguarda il caso di concordato preventivo con cessione di beni omologato, il liquidatore giudiziale deve redigere semestralmente un rapporto sull'andamento della liquidazione, trasmettendone una copia al comitato dei creditori per le eventuali osservazioni, ed una copia al commissario giudiziale che, a sua volta, provvede a notificarla a tutti i creditori ai rispettivi indirizzi PEC o, in loro assenza, mediante deposito in cancelleria, onere che in precedenza non rientrava nei dettami della legge. Con la posta elettronica certificata sono stati ampliati i compiti del commissario giudiziale il quale, occupandosi delle comunicazioni dirette ai creditori, si interfaccia personalmente con essi.

Il decreto sviluppo-bis non ha però modificato le modalità di espressione del voto dei creditori, secondo le quali il voto deve essere manifestato all'udienza, mentre l'eventuale dissenso successivo deve essere comunicato alla cancelleria con i sistemi tradizionali, ossia a mezzo lettera, telegramma o telefax o posta elettronica.

Tale norma è stata a sua volta modificata dalla legge 24 dicembre 2012, n. 228 (c.d. Legge Stabilità 2013). In particolare, è stato aggiunto l'art.16-bis riguardo l'obbligatorietà del deposito telematico degli atti processuali, prevedendo che a decorrere dal 30 giugno 2014 nelle procedure concorsuali l'obbligo riguardi esclusivamente il deposito degli atti e dei documenti da parte del curatore, del commissario giudiziale, del liquidatore, del commissario liquidatore e del commissario straordinario.

L'art. 82 del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, è tornato a correggere la disciplina del concordato e sono state apportate significative modifiche ai commi 6, 7 e 8, dell'art. 161 l. fall: è stato ampliato il novero dei documenti che il debitore deve produrre ed è stato esteso il contenuto

degli obblighi informativi periodici, rafforzando i poteri di controllo e monitoraggio del tribunale, al quale sono state conferite le facoltà di nominare in via anticipata un commissario giudiziale quale organo di supporto alla vigilanza, di sanzionare con l'improcedibilità condotte fraudolente e di abbreviare il termine fissato al debitore nel caso in cui l'attività da lui compiuta sia manifestamente inidonea alla predisposizione della documentazione concordataria.

La scelta di prevedere l'anticipazione della nomina del commissario è giustificata, secondo la relazione illustrativa al decreto, dall'intento di contenere al massimo grado i costi della procedura, evitando la liquidazione di un distinto compenso in tutti i casi in cui alla domanda in bianco faccia seguito il deposito della proposta e del piano. Inoltre tale nomina, oltre ad avere come conseguenza immediata il miglioramento sulla vigilanza dei comportamenti in frode, ha lo scopo di evitare anche le situazioni di stallo, dovute alla mancata autorizzazione del Tribunale a compiere atti straordinari per la gestione dell'azienda.

1.4. Le novità introdotte dal d.l. 83/2015

L'ultima riforma apportata alla legge fallimentare è quella contenuta nel d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertita in legge 6 agosto 2015, n. 132. Il decreto contiene "Misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria", frutto dell'ennesima riforma della disciplina attraverso una decretazione d'urgenza. Dal preambolo del decreto si evince «la straordinaria necessità e urgenza di rafforzare le disposizioni sull'erogazione di provvista finanziaria alle imprese in crisi, di promuovere la contendibilità delle imprese in concordato preventivo in modo da incentivare condotte virtuose dei debitori in difficoltà e favorire esiti efficienti ai tentativi di ristrutturazione, di rafforzare i presidi a garanzia della terzietà ed indipendenza degli incaricati che affiancano il giudice nella gestione delle procedure concorsuali, di prevedere la possibilità di concludere nuove tipologie di accordo di ristrutturazione del debito». Come afferma Lamanna «l'intervento del Governo sembrava anche caratterizzarsi per un insolito dissidio istituzionale, in quanto il decreto sembrava apertamente sconfessare l'utilità e la funzione di una

Commissione recentemente istituita dal Ministro della Giustizia (ed autorevolmente presieduta dal Renato Rordorf) per approntare un testo unico delle norme concorsuali, Commissione in effetti completamente bypassata dal D.L., che è intervenuto a gamba tesa, in modo del tutto autonomo ed appunto “urgente”, in tal modo suscitando però il timore che, per effetto di tensioni e torsioni, e di non governabili pulsioni politiche in contrasto l’una con l’altra, le nuove modifiche normative potessero subire non solo qualche semplice rettifica migliorativa, ma piuttosto letali stravolgimenti di struttura e funzione. (...) Fortunatamente, però, il virtuoso progetto di miniriforma è andato a buon fine, e ce ne rallegriamo, anche perché non è dubbio che, pur con qualche inevitabile imperfezione e lacuna, le nuove norme sono espressione di un ritorno alla ragione soprattutto quanto alla disciplina del concordato preventivo, operando per di più come cogenti *guide lines* per la stessa Commissione di riforma, che certamente non potrà non tenerne di conto ultimando i suoi lavori»³⁸.

L’obiettivo della riforma è quello di riequilibrare il rapporto tra debitore e creditore ritenuto troppo sbilanciato nei confronti del primo a seguito della riforma del 2012.

Il contenuto del testo convertito è diverso rispetto a quanto previsto dal decreto legge, in particolare sono stati modificati 11 articoli in materia fallimentare; una delle novità più importanti, se non la più importante, è sicuramente quella

³⁸ F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. 83/2015, Speciale riforma*, in *Il Civilista Officina del diritto*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 6-7, l’autore nelle pagine 8-9 segnala il tanto desiderato “ritorno alla ragione” della disciplina del concordato preventivo, dopo che per anni potenti lobbies e centri d’interesse, hanno condizionato l’evolversi del sistema normativo concorsuale in senso iperliberistico. Risultato frutto di una disciplina sempre meno rigorosa e indirizzata a garantire la più ampia libertà al debitore, questo indirizzo non è stato contrastato nemmeno dalla Corte di Cassazione che ha avallato spesso interpretazioni lassiste e sempre meno garantiste nei confronti degli altri *stakeholders* che gravitano attorno all’impresa in crisi. L’autore afferma che la teoria classica degli *stakeholders* ha ben posto in rilievo come la continuità dell’impresa comporti una ricaduta “sociale” che può essere rilevante per tutte le categorie di soggetti coinvolto e non soltanto per il debitore, si dovrà quindi tenere conto i dipendenti possono o meno conservare (anche in parte) i posti di lavoro e la soluzione dovrà valutarne la convenienza o meno, i creditori cercheranno di minimizzare le perdite sui propri crediti, i fornitori cercheranno di mantenere la possibilità di lavorare con l’azienda pur essendo spesso creditori privi di privilegi, anche la loro tutela andrà attentamente calibrata, la collettività ha interesse a minimizzare il costo dell’interruzione dell’attività (cassa integrazione, fondi previdenziali di garanzia, etc.) ed infine il sistema economico necessita che sia ridotto al minimo il rischio di effetto a catena della crisi o insolvenza. Tutti questi motivi fanno fuoriuscire un interesse superiore e superindividuale, ad una ponderazione dei vari interessi ed una corretta gestione nella crisi d’impresa. Interesse che negli ultimi anni non è stato oggetto di attenzione del legislatore e che tale riforma sembra dissotterrare.

introdotta dall'art. 4, comma 1, lett. a), del d.l. 83/2015 come modificato dalla legge di conversione, che modificando l'art. 160 l. fall. ha introdotto un ultimo comma che prevede: "In ogni caso la proposta di concordato deve assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari. La disposizione di cui al presente comma non si applica al concordato con continuità aziendale di cui all'articolo 186-bis". Con tale provvedimento è stata reintrodotta la percentuale minima di soddisfazione dei creditori chirografari, subordinando l'ammissione alla procedura di concordato al rispetto di tale soglia minima, con l'esclusione del concordato con continuità aziendale. Si è cercato così di ridare credibilità e serietà all'istituto del concordato preventivo, che negli anni era diventato un strumento in mano al debitore per risolvere la crisi spesso con una soddisfazione irrisoria dei creditori. La scelta di una soglia inferiore rispetto a quella del 40% presente prima delle riforme degli anni 2000 sembra rispondere ad una duplice finalità: da un lato, quella di non scoraggiare il debitore ad accedere alla procedura, gravandolo con un vincolo soddisfattivo troppo pesante, perché una soglia particolarmente alta, pur assicurando teoricamente una migliore soddisfazione del credito, potrebbe rivelarsi controproducente nella pratica, disincentivando il debitore non certo di poter garantire tale soglia ad accedere alla procedura; dall'altro lato, quella di non consentire al debitore la liberazione dall'obbligo verso i creditori a costi irrisori, se non a costo zero verso alcuni di essi, in quanto tale soglia non permette al debitore di ritardare eccessivamente la domanda di concordato dovendo comunque versare in una situazione patrimoniale idonea quantomeno a garantire la soddisfazione minima del 20 % dei crediti chirografari. Occorre comprendere se tale soglia non dovesse essere fissata ad un valore superiore in maniera da garantire una soddisfazione più consistente ma, ad opinione di chi scrive, la prassi precedente la riforma dimostra che sia stato comunque apportato un notevole accrescimento della percentuale di liquidazione rispetto ai concordati omologati con soddisfazione dei creditori chirografari nell'ordine di qualche punto percentuale.³⁹

³⁹ Trib. Modena sez. I, 3 settembre 2014, decreto, in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, 2014, fasc. 4 pp. 749-751 e F. CASSESE, *Percentuale di soddisfo dei creditori chirografari nella procedura di concordato preventivo*, in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, 2014, fasc. 4 pp. 751-754 che sul tema segnala una serie di sentenze dove si individuava il limite della soddisfazione dei

L'art. 161 è stato modificato dal d.l. 83/2015⁴⁰ ed il secondo comma alla lett. e), afferma: «in ogni caso, la proposta deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore», prevedendo così un obbligo esplicito nei confronti del debitore. Secondo la relazione di accompagnamento al d.l., la modifica ha «la finalità di evitare che possano essere presentate proposte per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo che lascino del tutto indeterminato e aleatorio il conseguimento di un'utilità specifica per i creditori». La norma si applica, a differenza della soglia minima, a tutti i tipi di concordato, compreso quello con continuità aziendale, sia essa diretta o indiretta. Come afferma Nardecchia: «In definitiva, dopo la riforma del 2015, può ben dirsi che il concordato con continuità aziendale, con riferimento alla proposta, è catalogabile come concordato con garanzia, con obbligo del debitore di garantire ai creditori una certa utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile»⁴¹. Si ritiene infatti che la proposta non possa limitarsi ad una semplice prospettazione ai creditori di un verosimile adempimento, ma debba contenere, in forza del doppio richiamo fatto dagli artt. 160 e 161, l'assunzione di un vero e proprio impegno.

Il decreto, pur introducendo la soglia minima del 20% all'art. 160, non ha modificato l'art. 162 comma 2, dove ai fini della ammissibilità vengono richiamati soltanto il primo e il secondo comma dell'art. 160. La possibilità di qualificare detta soglia come presupposto di ammissibilità è comunque individuabile nel secondo richiamo fatto dall'art. 162, comma 2 ai presupposti dell'art. 161, dove appunto la soglia minima costituisce l'indicazione dell'utilità

creditori chirografari nell'ordine di qualche punto percentuale; v. anche Trib. Padova, 6 marzo 2014, Trib. Bergamo sez. II, 4 dicembre 2014, Trib. Palermo, 4 giugno 2014 in *Giur. comm.*, 2015, 4, II, pp. 832-839.

⁴⁰ Disposizione modificata dall'art. 4, comma 1, lett. b), n. 1), d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2015, n. 132; Sul tema G. B. NARDECCHIA, *Le modifiche alla proposta di concordato*, in *Il Caso.it*, 19 ottobre 2015, pp. 5-7; S. AMBROSINI, *La disciplina della domanda di concordato preventivo nella "miniriforma" del 2015*, in *Il Caso.it*, 20 agosto 2015.

⁴¹ G. B. NARDECCHIA, *op.cit.*, p. 7.

che il creditore si obbliga ad assicurare a ciascun creditore, in tal caso chirografario⁴².

La soglia minima prevista dall'art. 160 ult. comma, è espressamente esclusa nel caso di concordato con continuità aziendale ex art. 186-*bis*. L'art. 186-*bis* comma 2, lett. b), afferma la necessità che la continuità aziendale garantisca ai creditori un miglior soddisfacimento rispetto alla prospettiva liquidatoria fallimentare, provvedendo a tale *plus* di soddisfazione attraverso i flussi di cassa. Il concordato con continuità aziendale previsto dall'art. 186-*bis* può assumere sia la forma del concordato con continuità diretta, nel quale è lo stesso debitore a gestire l'impresa durante e dopo l'omologazione, sia la forma del concordato con continuità indiretta, dove a gestire l'impresa è un soggetto terzo, persona fisica o società. Mentre in relazione al primo tipo di continuità l'esclusione della soglia minima sembra agevolare il debitore a ricorrere a tale tipo di concordato, non essendo vincolato da specifiche soglie, maggiori dubbi riguardano l'esclusione della soglia minima per i concordati con continuità aziendale indiretta, dove si verifica un trasferimento dell'azienda in blocco ad un terzo o ad una società⁴³, poiché tale esclusione non sembra incentivare la tempestiva emersione della crisi.

Un'ulteriore novità introdotta dall'art. 3 del d.l. 83/2015, è la possibilità per i creditori di avanzare proposte di concordato preventivo alternative rispetto a quella formulata dal debitore. La finalità di tale intervento, come si legge nella relazione al decreto, è quella di “offrire ai creditori strumenti per impedire che il debitore presenti proposte che non rispecchiano il reale valore dell'azienda” ma anche quello di “creare i presupposti per la nascita di un mercato di *distressed debt*”. Le c.d. proposte concorrenti sono dirette a riequilibrare il sistema sia della

⁴² F. LAMANNA, *op. cit.*, p. 18.; E. SABATELLI, *Appunti sul concordato preventivo dopo la legge di conversione del d.l. n. 83/2015*, in *Il Caso.it*, 13 novembre 2015, pp. 16-21;

⁴³ N. SOTGIU, *Il nuovo concordato preventivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, fasc. 6, pp. 1522-1523 afferma: «In tal modo il legislatore continua a manifestare la propria preferenza per il concordato con continuità aziendale, rendendo peraltro di estrema ed inevitabile attualità il problema – tutt'altro che banale - di individuazione di quali siano, in concreto, i concordati “con continuità aziendale”. Si tratta peraltro di una scelta quasi demagogica, posto che solo la prosecuzione dell'attività d'impresa in proprio, eventualmente con un sostegno finanziario esterno, è forma di ristrutturazione del debito ontologicamente diversa dalla liquidazione del patrimonio. La cessione a terzi dell'azienda in esercizio, ipotesi espressamente contemplata dall'art. 186-*bis* l. fall. è infatti un'attività propriamente liquidatoria, compatibile anche con una procedura fallimentare, che come tale non dovrebbe sfuggire alla previsione di una percentuale minima di soddisfazione»; F. LAMANNA, *op. cit.*, pp. 20-23.

percentuale minima prevista per il concordato liquidatorio, sia della migliore soddisfazione dei creditori, oggetto del concordato con continuità aziendale. La possibilità di presentare proposte alternative quindi, non solo induce il debitore a presentare la migliore proposta per evitare il rischio di proposte da parte di terzi, ma garantisce ai creditori una possibilità di intervento quando il debitore prospetti una situazione falsata.

La legittimazione appartiene soltanto ai creditori che rappresentino, anche congiuntamente, almeno il 10% dei crediti.

Ai creditori è preclusa la possibilità di presentare proposte concorrenti a quella del debitore che preveda una soddisfazione dei creditori chirografari in una misura non inferiore al 30% per i concordati con continuità aziendale e del 40% per i casi di concordato liquidatorio.

Il decreto, come modificato dalla legge di conversione, è intervenuto anche sul meccanismo di voto, andando ad abolire il sistema del silenzio-assenso per i procedimenti presentati successivamente all'entrata in vigore della legge.

L'art. 178, comma 4 afferma che “[i] creditori che non hanno esercitato il voto possono far pervenire lo stesso per telegramma o per lettera o per telefax o per posta elettronica nei venti giorni successivi alla chiusura del verbale. Le manifestazioni di voto sono annotate dal cancelliere in calce al verbale”. Si torna così a far dipendere l'approvazione del concordato da una vera ed esplicita affermazione del voto da parte dei creditori.

L'art. 163-*bis*, introdotto dall'art. 2 della riforma, ha previsto la possibilità delle c.d. offerte concorrenti, ovvero offerte alternative a quelle contenute nel piano di concordato per l'acquisizione a titolo oneroso di azienda, suoi rami o beni specifici. È stata così prevista una procedura competitiva, anche nelle ipotesi di concordato chiuso, gestita dal tribunale e diretta ad ottenere offerte migliorative, al fine di massimizzare la vendita ed evitare abusi da parte del debitore attraverso la strumentalizzazione del concordato tramite una svendita dell'azienda o parte di essa a soggetti predeterminati.

Infine, da segnalare anche la modifica dell'art. 182-*quinquies* che, al fine di rendere più facile e veloce l'accesso alle risorse finanziarie nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione, ha previsto la possibilità di chiedere

al tribunale l'autorizzazione a contrarre finanziamenti interinali, qualificati come preeducibili e funzionali a urgenti necessità relative all'esercizio aziendale, tra la data di presentazione della domanda di ammissione e il completamento della stessa.

Con la nuova disciplina introdotta con il decreto 83/2015, come modificato dalla l. 132/2015, è stata manifestata una netta preferenza del legislatore verso il concordato di risanamento. Si rende però necessaria una chiara definizione del concetto di continuità aziendale, sia in riferimento all'ipotesi di continuità indiretta ed alla riconducibilità dell'affitto di azienda all'ambito applicativo dell'art. 186-*bis* l. fall., sia rispetto al concordato misto che, essendo in parte con continuità ed in parte liquidatorio, dovrebbe dare luogo alla nomina di un liquidatore giudiziale, figura che mal si concilia con la continuità aziendale medesima.

1.5. La proposta di disegno di legge delega della Commissione Rordorf.

A seguito della Raccomandazione della Commissione UE n. 135 del 12 marzo 2014, contenente l'invito agli Stati ad istituire meccanismi e strumenti in grado di "garantire alle imprese sane in difficoltà finanziaria, ovunque siano stabilite nell'Unione, l'accesso a un quadro nazionale in materia di insolvenza che permetta loro di ristrutturarsi in una fase precoce in modo da evitare l'insolvenza, massimizzandone pertanto il valore totale per creditori, dipendenti, proprietari e per l'economia in generale", il Ministero della Giustizia con decreto del 28 gennaio 2015 ha istituito una Commissione di esperti con lo scopo di valutare la necessità di ulteriori interventi normativi di riordino della disciplina delle procedure concorsuali. La Commissione, composta da magistrati, docenti universitari e professionisti, è stata assistita da un comitato scientifico e presieduta da Renato Rordorf, presidente della prima Sezione civile della Corte di Cassazione. Nel novembre 2015 la Commissione Rordorf ha reso pubblica la prima bozza della legge delega predisposta a fine luglio. Tale bozza è stata poi modificata tenendo conto, fra l'altro, delle indicazioni del Consiglio Nazionale dei

Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili (CNDCEC), arrivando ad inizio gennaio 2016 alla predisposizione dello Schema di disegno di legge delega recante la “Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell’insolvenza”. Il Consiglio dei Ministri, in data 11 febbraio 2016 ha approvato, con qualche modifica in sede ministeriale, il disegno di legge delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell’insolvenza messo a punto dalla Commissione Rordorf⁴⁴. Il disegno di legge va a completare e ad integrare le disposizioni normative varate nel decreto 83 del 2015 ed allinea la normativa italiana in tema d’insolvenza a quella presente negli altri Stati membri. Il tentativo è quello di attuare un organico approccio di riforma attraverso un nuovo Testo unico dell’insolvenza. Nel disegno di legge di riforma del diritto fallimentare viene tolta la parola “fallimento”, mettendo al centro i concetti di gestione della crisi e dell’insolvenza, pur non dando un’indicazione netta dei confini, ma limitandosi ad affermare che lo stato di crisi debba essere inteso come probabilità di futura insolvenza.

Vengono introdotte le procedure di allerta e di composizione negoziale della crisi⁴⁵, volte ad anticipare l’emersione della stessa mediante una rapida analisi delle cause del malessere economico-finanziario dell’impresa, e successivamente mirate a supportare i negoziati in vista del raggiungimento dell’accordo con i creditori o con alcuni di essi, tenendo conto dell’importanza della tempestività dell’intervento sulla crisi dell’impresa al fine di salvaguardarne i valori. Il disegno di legge delega si sofferma inoltre ad enunciare i nuovi principi dell’istituto della liquidazione giudiziale destinata a prendere il posto dell’attuale procedura di fallimento, rendendola più rapida e snella nella sua applicazione pur conservando gli attuali caratteri fondamentali.

Riguardo al concordato preventivo si legge nella Relazione⁴⁶: «si è ritenuto di circoscrivere tendenzialmente l’istituto alla sola ipotesi del c.d. concordato in

⁴⁴ Per un commento M. FABIANI, *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d’impresa*, in *Fall.*, 2016, fasc. 3, pp. 261-269; G. P. MACAGNO, *Il concordato preventivo riformato nel segno della continuità aziendale*, in *Fall.*, 2016, fasc. 10, pp. 1074-1084.

⁴⁵ Per un approfondimento G. LO CASCIO, *Legge fallimentare vigente e prospettive future*, in *Fall.*, 2016, fasc. 4, pp. 386-387.

⁴⁶ Relazione del Presidente Rordorf allo Schema di disegno di legge “Delega al Governo per la riforma organica della disciplina della crisi di impresa e dell’insolvenza” della Commissione

continuità: quando cioè, vertendo l'impresa in situazione di crisi o anche di vera e propria insolvenza – ma reversibile – la proposta preveda il superamento di tale situazione mediante la prosecuzione (diretta o indiretta) dell'attività aziendale, sulla base di un adeguato piano che sia consono anche al soddisfacimento, per quanto possibile, dei creditori. Si è preferito, tuttavia, non escludere del tutto ogni possibilità di concordato preventivo liquidatorio, purché esso sia caratterizzato da apporti di terzi che consentano di soddisfare le ragioni dei creditori in misura apprezzabilmente maggiore. Non si può escludere questa eventualità e non sarebbe logico impedire ai creditori di beneficiare del vantaggio che, in tal caso, il concordato liquidatorio effettivamente per loro presenta rispetto all'alternativa della semplice liquidazione giudiziaria.

E' stata peraltro prospettata l'opportunità di tener ferma, anche nel quadro della nuova ipotizzata disciplina del concordato, la recente previsione normativa che introduce tra i requisiti di ammissibilità del concordato liquidatorio l'assicurazione ai creditori chirografari del pagamento di almeno il venti per cento dei loro crediti. Ma questa previsione si giustifica soltanto nella situazione attuale, in cui è normale che la proposta di concordato abbia ad oggetto null'altro che la cessione dei beni del debitore insolvente, in alternativa alla liquidazione fallimentare. Essa non appare invece altrettanto plausibile nella logica della riforma che qui si sta prospettando, nella quale il concordato liquidatorio è concepito come un'eccezione, giustificata dall'offerta di un *quid pluris* rispetto al solo compendio dei beni del debitore insolvente. Dovrà trattarsi, naturalmente, di un'offerta supplementare che valga a rendere il concordato più vantaggioso per i creditori in termini non irrisori, ma la relativa misura ben potrà essere valuta caso per caso o eventualmente in seguito specificata dal legislatore delegato».

La proposta della Commissione ha ritenuto di circoscrivere tendenzialmente il concordato alla sola ipotesi del concordato in continuità, attualmente disciplinato dall'art. 186-bis della l. fall.; è stata comunque ipotizzata la possibilità di un concordato liquidatorio purché preveda il conferimento alla procedura di risorse

Ministeriale per la riforma delle procedure concorsuali, 29 dicembre 2015, in *Osservatorio-Oci.org.*, p. 17.

esterne rispetto al valore dell'attivo realizzabile e che tale apporto permetta un aumento "apprezzabile" della soddisfazione dei creditori.

Il testo licenziato dal Governo⁴⁷ prevedeva soltanto il concordato con continuità, avendo escluso la possibilità di un concordato liquidatorio anche nel caso di apporto esterno. Per quanto riguarda la legittimazione a proporre la domanda di ammissione di concordato, va segnalato l'intento di estendere la legittimazione anche a terzi limitatamente al caso in cui il debitore versi in stato d'insolvenza e non di semplice crisi.

È stata prevista una revisione dell'attuale sistema di accertamento della veridicità dei dati aziendali e dell'attestazione di fattibilità del piano concordatario che prescindendo dalla figura del professionista indipendente nominato dal debitore, quantomeno nei casi in cui vi sia già stato lo svolgimento di una procedura di allerta e composizione della crisi; inoltre è stata prevista la soppressione dell'adunanza dei creditori, previa regolamentazione delle modalità telematiche di esercizio del voto e di formazione del contraddittorio sulle richieste delle parti, nonché l'adozione di un sistema di calcolo delle maggioranze anche "per teste", nell'ipotesi in cui un solo creditore sia titolare di crediti pari o superiori alla maggioranza di quelli ammessi al voto, con apposita disciplina delle situazioni di conflitto d'interesse. È stata infine prevista una compiuta regolamentazione dell'insolvenza dei gruppi di imprese.

Ulteriori novità sono l'obbligatorietà della suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei e, tramite la revisione operata dal Ministero, l'attribuzione al giudice del potere di verificare non soltanto la fattibilità giuridica, ma anche quella economica ai fini dell'omologazione.

Tale intervento, oltre ad aver definitivamente affermato la preferenza del legislatore nei confronti del concordato con continuità già anticipata nella riforma del 2015, sembra aver consolidato l'inversione di tendenza, già iniziata con i

⁴⁷ Sul tema v. G. LO CASCIO, *op.cit.*, pp. 388-390; M. FABIANI, *op. cit.*, a pag. 264 segnala che l'eliminazione del concordato liquidatorio farebbe venir meno il limite del 'miglior interesse dei creditori' (quale oggi risulta nell'art. 186-bis l. fall.) determinando un passaggio del concordato con continuità da 'valore-mezzo' diretto alla tutela dei creditori, a 'valore-fine', dichiarando così la prevalenza dell'interesse alla conservazione dell'impresa rispetto alla tutela dei diritti dei creditori.

provvedimenti degli ultimi anni, diretta a contrastare la concezione negoziale e privatistica del concordato, basata sulla libertà lasciata a debitore e creditore di accordarsi, per garantire una adeguata tutela dei creditori.

Il disegno di legge n. 3671 riguardo la “Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell’insolvenza” è stato presentato alla Camera dal Ministro della Giustizia Andrea Orlando di concerto con il Ministro dello sviluppo economico Guidi in data 11 marzo 2016 e sottoposto alla seconda Commissione Giustizia per il relativo riesame il 31 marzo 2016. Il testo risultante dallo stralcio degli articoli 1-14 e 16 del disegno di legge n. 3671, deliberato dall’Assemblea il 18 maggio 2016 è stato ripresentato dal Ministro Orlando di concerto con il Ministro Guidi nel d.d.l. n. 3671-bis e sottoposto all’esame della commissione. Il testo si è riallineato con quello oggetto di proposta della Commissione Rordorf, reintroducendo l’ammissibilità di un concordato liquidatorio, con l’aggiunta della soglia minima del 20%. Nel provvedimento dell’assemblea era altresì prevista la delega in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza che, a seguito dello stralcio dell’art. 15 deliberato dalla Camera nella seduta n. 627 del 18 maggio 2016, ha un *iter* legislativo autonomo (d.d.l. 3671-ter) assegnato alla Commissione Attività produttive. La Commissione Giustizia della Camera dei Deputati nell’ambito dell’esame in prima lettura, in sede referente del disegno di legge recante la “Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi d’impresa e dell’insolvenza” (d.d.l. 3671-bis), ha deliberato lo svolgimento di un’indagine conoscitiva per l’approfondimento dei contenuti del testo. Il 2 novembre 2016 la seconda commissione giustizia ha adottato il testo di base del disegno di legge 3671-bis, fissando il termine, poi differito, per la proposta di emendamenti.

Il testo del disegno di legge n. 3671-bis è stato approvato dalla Camera dei Deputati il 1 febbraio 2017 ed è passato per l’approvazione al Senato, il quale il 9 febbraio 2017, con atto n. 2681 lo ha assegnato alla 2^a Commissione permanente di Giustizia in sede referente. In materia di concordato preventivo, il testo approvato è conforme a quello presentato dal Ministro Orlando a seguito dello stralcio del 18 maggio 2016. L’unico emendamento approvato riguarda

l'abolizione del comma b) all'art. 6, che riconosceva la legittimazione dei terzi a promuovere il procedimento nei confronti del debitore che versi in stato di crisi.

Il testo approvato alla Camera prevede l'ammissibilità di proposte liquidatorie qualora vi sia un apporto del debitore che aumenti in misura "apprezzabile" la soddisfazione dei creditori, fermo restando il richiamo esplicito al dovere di pagamento di almeno il 20% dei crediti chirografari.

Quanto al potere di controllo del tribunale, viene esteso alla valutazione di fattibilità economica del piano, basata anche sui rilievi del commissario giudiziale.

Viene mantenuta la soppressione dell'adunanza dei creditori, prevedendo modalità telematiche per l'esercizio del voto, e viene indicata la necessità di individuare i casi di suddivisione obbligatoria in classi, precisando che tale obbligo sussiste in ogni caso in presenza di creditori assistiti da garanzie esterne.

Il testo approvato inoltre dedica la lettera l) all'individuazione dei criteri direttivi e dei principi del concordato con continuità aziendale. Nello specifico ai punti 1, 2 e 3 si prevede: «1) che il piano può contenere, salvo che sia programmata la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, una moratoria per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca per un periodo di tempo anche superiore ad un anno, riconoscendo in tal caso ai predetti creditori il diritto di voto;

2) che tale disciplina si applica anche alla proposta di concordato che preveda la continuità aziendale e nel contempo la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa, a condizione che possa ritenersi, a seguito di una valutazione in concreto del piano, che i creditori vengano soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale;

3) che tale disciplina si applica anche nei casi in cui l'azienda sia oggetto di contratto di affitto, anche se stipulato anteriormente alla domanda di concordato»⁴⁸.

⁴⁸ Art. 6, lett. l), d.d.l. n. 3671-bis, in *Senato.it*, atto del Senato n. 2861, p. 18.

Capitolo 2

2. La soddisfazione dei creditori nel Concordato liquidatorio

2.1. Considerazioni generali

La proposta di tipo liquidatorio deve assicurare una soddisfazione del credito vantato dai chirografari nella misura minima del 20% prevista dall'ultimo comma dell'art. 160 della legge fallimentare, mentre per i creditori prelatizi la proposta può prevedere una soddisfazione non integrale, ma almeno pari al valore del bene oggetto della garanzia. Con la presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo il debitore ottiene una serie di tutele, *in primis* il divieto nei confronti dei creditori di attivare singole azioni esecutive sui beni del debitore.

La domanda di concordato è composta dal piano e dalla proposta⁴⁹. Per questi due elementi è prevista la possibilità di presentazione in un momento successivo alla domanda, nel caso di c.d. concordato in bianco o con riserva. Il piano, ferma restando l'autonomia del debitore rispetto alla composizione dello stesso, deve contenere la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta, come previsto dal nuovo comma 2, lett. e), dell'art. 161. Risulta evidente l'interconnessione fra piano e proposta, dipendendo la serietà della proposta dalla credibilità del piano, per cui se il piano non appare realizzabile è presumibile che i creditori, nutrendo dei dubbi sull'adempimento, non accettino la proposta. I due concetti non devono essere sovrapposti, potendosi verificare, ad esempio, la presentazione di un piano realizzabile che dia però attuazione ad una

⁴⁹ Cfr. M. FABIANI, *Per la chiarezza di idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in *Fall.*, 2011, fasc. 2, pp. 172-182.

proposta ritenuta insufficiente dai creditori, oppure la presentazione di un piano velleitario a sostegno di una proposta che di per sé sarebbe accettabile⁵⁰.

L'art. 160 comma 2 prevede la possibilità di una soddisfazione non integrale dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, purché il piano ne preveda una soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile sul ricavato del bene in caso di liquidazione.

Il quarto comma dell'art. 160 introdotto dalla riforma del 2015 prevede: “[i]n ogni caso la proposta deve assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell’ammontare dei crediti chirografari. La disposizione di cui al presente comma non si applica al concordato con continuità aziendale di cui all’articolo 186-bis”, per cui, contrariamente all’orientamento della Corte di Cassazione *pre-riforma* sull’assenza di vincolatività della percentuale di soddisfazione indicata⁵¹, la proposta deve indicare la minima percentuale garantita.

Inoltre all'art. 161, comma 2, lett. e), si afferma: “in ogni caso, la proposta deve indicare l’utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore” evitando così proposte vaghe ed aleatorie, richiedendo al debitore maggiore certezza nella proposta. Il primo articolo con l’espressione “deve assicurare il pagamento”, ed allo stesso modo l'art. 161, comma 2, lett. e), con “si obbliga ad assicurare” prevede un vincolo per il debitore di assicurare la percentuale minima⁵².

Infine l'art 163, comma 5 precisa: “Le proposte di concordato concorrenti non sono ammissibili se nella relazione di cui all’articolo 161, terzo comma, il professionista attesta che la proposta di concordato del debitore assicura il pagamento di almeno il quaranta per cento dell’ammontare dei crediti chirografari o, nel caso di concordato con continuità aziendale di cui all’articolo 186-bis, di almeno il trenta per cento dell’ammontare dei crediti chirografari”.

⁵⁰ M. FABIANI, *op.cit.*, p. 173.

⁵¹ Cass., 23 giugno 2011, n. 13817 e Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, richiamate entrambe da G. B. NARDECCHIA, *Le modifiche alla proposta di concordato*, in *Il Caso.it*, 19 ottobre 2015, p. 9.

⁵² S. AMBROSINI, *La disciplina della domanda di concordato preventivo nella “miniriforma” del 2015*, in *Il Caso.it*, 20 agosto 2015, p. 7; *contra* V. ZANICHELLI, *Il ritorno della ragione o la ragione del ritorno*, in *Il Caso.it*, 4 novembre 2015; G. BOZZA, *Brevi considerazioni su alcune norme della ultima riforma*, in *FallimentieSocietà.it*, p. 16, in relazione al termine richiamato dal comma 5 dell’art. 163.

La riforma del 2005 ha introdotto all'art. 160, comma 1, lettera c) e d), la possibilità per il piano di prevedere la suddivisione dei creditori in classi, costituite secondo posizioni giuridiche e interessi economici omogenei e per le quali il trattamento può essere differenziato.

Il d.l. 83/2015, inserendo l'obbligo di assicurare una percentuale minima di soddisfazione, ha posto una serie di interrogativi rispetto alla concreta attuazione e all'attribuzione di tale soglia nel caso di suddivisione dei creditori in classi.

2.2. La soddisfazione minima e il dovere di assicurarla

2.2.1. Il significato del verbo “assicurare”

L'art. 160 all'ultimo comma richiede che la proposta assicuri il pagamento del 20% dei creditori chirografari. Sulla natura di tale concetto si è espresso il Tribunale di Roma il quale ha individuato, nelle proprie linee guida quattro diverse interpretazioni⁵³:

- come necessità di *garantire* (in senso proprio) un pagamento non inferiore al 20%, con la conseguenza che per la proposta sarebbe lecita solamente dove la previsione di pagamento del 20% fosse accompagnata dalla garanzia di un terzo;
- come necessità di *prevedere* un pagamento non inferiore al 20%, senza introdurre alcun obbligo di pagamento effettivo, individuando unicamente la percentuale minima che il piano fattibile deve prevedere per rientrare all'interno del concetto di “percentuale non irrisoria” dei creditori chirografari;
- come necessità di *rendere certo* un pagamento non inferiore al 20%, con la conseguenza che pur non introducendo uno specifico obbligo in tale senso, la misura minima dovrebbe essere oggetto di una fattibilità rinforzata, caratterizzata da una certezza ulteriore rispetto alla mera fattibilità secondo le

⁵³ *Linee Guida del Tribunale di Roma in ordine a talune questioni controversie della procedura di concordato preventivo*, in *Il Caso.it*, 10 maggio 2016.

regole probabilistiche. Tale condizione risulterebbe unicamente nei casi in cui la cessione dei beni ai creditori sia accompagnata da una proposta irrevocabile di acquisto da parte di un terzo (che assicuri il realizzo) o dall'assunzione di garanzia da parte di soggetto diverso dal debitore;

- come necessità di *obbligarsi* ad un pagamento in misura non inferiore al 20%.

Il Tribunale di Roma propone quest'ultima interpretazione secondo la quale, a seguito dell'introduzione della soglia minima, il debitore non possa solamente mettere a disposizione dei creditori il proprio patrimonio, destinando ad essi il ricavato della vendita dei propri beni, ma debba obbligarsi a pagare la percentuale minima di soddisfacimento.

L'interpretazione del tribunale non è condivisa da chi scrive, poiché il patrimonio del debitore ex art. 2740 è già interamente destinato alla soddisfazione dei creditori e l'assunzione di ulteriore obbligo da parte di un soggetto già inadempiente, non rassicura realmente i creditori sulle effettive possibilità di realizzo della soddisfazione.

La tesi della garanzia, secondo la quale è necessaria una garanzia ulteriore rispetto all'assunzione dell'obbligo da parte del creditore, non è parimente ammissibile, poiché si ritiene che l'intento del legislatore non sia quello di richiedere l'assunzione di responsabilità da parte di un terzo poiché se avesse voluto prevedere questa necessità sarebbe stato più esplicito in tal senso, come avveniva nella vecchia concezione dell'art. 160 l. fall. dove si richiedeva che l'obbligazione del debitore fosse accompagnata da "serie garanzie reali e personali". Ne è riprova, come sostenuto da Zanichelli, il fatto che sia ammissibile una proposta che preveda la semplice obbligazione del 20 % da parte del debitore, ma non una proposta che prospetti una più sicura soddisfazione con garanzia da parte di un terzo, ma del 19,5 %⁵⁴. Inoltre secondo tale interpretazione il debitore tutte le volte dovrebbe individuare un soggetto terzo disposto a prestare garanzie al suo posto o in sua sostituzione per far sì che la proposta possa essere ammessa.

⁵⁴ V. ZANICHELLI, *Il ritorno della ragione o la ragione di un ritorno*, in *Il Caso.it*, 4 novembre 2015.

È da escludere anche la tesi che individua nel pagamento del 20% “la percentuale non irrisoria” idonea a soddisfare la causa concreta del concordato⁵⁵. Infatti, qualora si ricorresse a tale lettura, si vanificherebbe la norma introdotta che, specificando la necessità che tale pagamento sia assicurato dalla proposta, non individua la quota della percentuale non irrisoria, ma richiede una solida assicurazione sulla proposta.

La finalità del legislatore è quella di garantire ai creditori una maggiore certezza circa l’effettiva probabilità che la proposta e il piano liquidatorio riescano a pagare il valore ipotizzato nella percentuale minima. Proprio in tal senso è concepita la disposizione dell’art. 161, comma 2, lett. e), la quale afferma che: “in ogni caso, la proposta deve indicare l’utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore”.

La definizione del verbo “assicurare” sembra quindi essere riconducibile alla terza interpretazione del tribunale, dove si individua il significato di rendere certo, ma con una differenza. Tale certezza, ad opinione di chi scrive, non deve essere necessariamente collegata ad una proposta irrevocabile di acquisto o alla costituzione di garanzia da parte di terzi, ma deve essere individuata nella proposta e, nello specifico, nella dettagliata e affidabile redazione del piano del debitore e nell’attestazione rilasciata. La relazione pertanto non deve prospettare il raggiungimento della percentuale come probabile, ma deve attestare, sulla base di dati certi e verificati, che tale forma di soddisfazione sia raggiungibile, con la sola esclusione dell’intervento di casi eccezionali che ne determinino l’impossibilità. Come precisato in dottrina, si ritiene che una relazione del professionista particolarmente aggravata dia ai creditori maggiori garanzie di un’obbligazione del debitore senza un patrimonio ulteriore posto a garanzia dell’adempimento della percentuale⁵⁶.

⁵⁵ (v. paragrafi 2.5.1. e 2.5.2.)

⁵⁶ V. ZANICHELLI, *Il ritorno della ragione o la ragione di un ritorno*, in *Il Caso.it*, 4 novembre 2015, a favore di tale interpretazione anche E. SABATELLI, *Appunti sul concordato preventivo dopo la legge di conversione del d.l. n. 83/2015*, in *Il Caso.it*, 13 novembre 2015.

Concordi con tale interpretazione anche se con qualche differenza fra loro, sono le decisioni del Tribunale di Pistoia e del Tribunale di Firenze rispettivamente in data 29 ottobre 2015 e 8 gennaio 2016.

Il primo ritiene che l'art. 160 comma 4, non abbia introdotto un vincolo per la proposta in termini di promessa di pagamento della soglia minima di soddisfazione. Dalla combinazione dell'art. 160 comma 4 e dall'art. 161, comma 2 si origina un obbligo per il debitore, da individuare però non nella promessa di pagamento, salvo espressa previsione in tal senso, ma nell'utilità assicurata ai creditori. Da tale interpretazione derivano due effetti: il primo, che la soglia minima di accesso a qualsiasi tipo di concordato, con l'esclusione di quello in continuità, non risiede nella previsione di un pagamento di almeno il 20% dei creditori chirografari, ma nell'assicurazione di tale grado di soddisfazione; il secondo, che il termine "assicurare" presuppone un grado di certezza che, seppur relativo in quanto oggetto di una valutazione prognostica (non si parla infatti di "garantire"), è del tutto estraneo alla mera probabilità. Si ritiene quindi che quanto previsto nel comma quarto dell'art. 160, vada letto nel senso che il debitore debba "proporre fondatamente" il pagamento di almeno il 20% dell'ammontare dei crediti chirografari. La proposta si qualifica quindi come a metà strada fra il criterio della garanzia e quello della ragionevole prospettazione⁵⁷.

Nella stessa direzione si è espresso il Tribunale di Firenze, che rispetto al concetto di "assicurare" da attribuire alla proposta del debitore, propone una lettura che valorizza la *ratio legis*, al fine di evitare abusi della regola dello sbarramento del 20%, specificando che la disposizione del comma 4 dell'art. 160 deve essere letto nel senso che in ogni caso il debitore debba proporre "fondatamente" il pagamento di almeno il 20% dell'ammontare dei crediti chirografari, dove per *fondatamente* si intende una prospettazione a metà fra il concetto di garanzia e quello della (mera) ragionevole previsione.

La corte ritiene inoltre che la previsione della soglia minima di soddisfazione non legittimi l'estensione del controllo al profilo della fattibilità economica, ma che questo rimanga limitato alla fattibilità giuridica, fermo restando la necessità di una proposta formulata in conformità al modello normativo. Si precisa che: «[a] tale

⁵⁷ Tribunale di Pistoia, 29 ottobre 2015, in *Il Caso.it*.

scopo, risulta indispensabile una formulazione della proposta in termini più certi rispetto a quelli meramente previsionali del passato (“assicura”), circostanza che consente al Tribunale un giudizio di merito in ordine alla rispondenza della assicurazione del debitore alla concreta prospettiva realizzatoria e soprattutto un’attestazione di fattibilità ampia, coerente e solida in cui il professionista asseveratore nell’elaborato di cui all’art. 161 comma 3 attesti che la proposta assicuri una determinata percentuale di pagamento»⁵⁸.

Ulteriore questione riguarda la nozione di “pagamento” richiamata dall’art. 160 ultimo comma, che non sembra ammettere modalità di soddisfazione diverse da quella in denaro, diversamente da quanto fatto dalla lett. a) del primo comma, che parla di “soddisfazione dei creditori in qualsiasi forma”. La dottrina sul tema è in profondo contrasto e si possono individuare diverse visioni. La prima, sostenuta da Nardecchia ed altri giuristi⁵⁹, afferma correttamente che l’utilizzo del termine “pagamento”, perlomeno con riferimento alla percentuale del 20%, non ammetta forme di soddisfazione diverse da quello monetario. Così scrive Nardecchia: «Dal chiaro ed in equivoco tenore letterale della norma si evince, inoltre, che la

⁵⁸ Tribunale di Firenze, 8 gennaio 2016, in *Fall.*, 2016, fasc. 5, p. 571.

⁵⁹ Dello stesso pensiero E. SABATELLI, *Appunti sul concordato preventivo dopo la legge di conversione del d.l. n. 83/2015*, in *Il Caso.it*, 13 novembre 2015, p. 18: «attualmente si deve ritenere che per il concordato non in continuità l’ampia autonomia riconosciuta al debitore nella predisposizione del piano e della proposta possa esplicarsi pienamente soltanto nei confronti dei creditori muniti di titolo di prelazione, dovendo essere offerto ai chirografari il pagamento di una somma di danaro pari ad almeno un quinto dell’ammontare dei crediti»; M. FABIANI, *L’ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in *Il Caso.it*, 6 agosto 2015, p. 17; F. MACRÌ, *Le recenti disposizioni in tema di concordato liquidatorio*, in *Dirittobancario.it*, settembre 2016, p. 4; L. A. BOTTAI, *Sub Art. 160*, in *La nuova riforma del diritto concorsuale, Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015*, Giappichelli, 2015, Torino, p. 102; S. MANCINELLI, *Soddisfazione dei privilegiati e “pagamento (minimo) assicurato” dei chirografari nel concordato preventivo*, in *Osservatorio-Oci.org.*, p. 14, nota 20: «[i]n sintesi nel concordato liquidatorio l’assicurazione dell’esclusivo pagamento del 20% ai creditori chirografari sembra divenire un’eccezione rispetto alla previsione di “qualsiasi forma” di soddisfacimento dei creditori di cui all’art.160, primo comma, lett. a); pertanto, solo dopo tale soglia del 20% dovrebbe “rivivere”, nei presupposti di legge per l’ammissibilità della procedura, la libertà di forme nel soddisfacimento dei creditori (...) il filo conduttore della riforma 2015 appare quello di un *favor* solo per le soluzioni concordatarie con continuità dell’impresa coinvolta, mentre le soluzioni liquidatorie non interessano i creditori e “la collettività”, che non ne traggono benefici, proprio perché non difformi rispetto ad una prospettiva (liquidatoria) fallimentare. Ergo il legislatore rende ammissibile un concordato *cessio bonorum* solo qualora venga assicurato un pagamento non marginale del 20% ai chirografari (che ovviamente si ripercuote sui crediti privilegiati, poiché posti ad un necessario “livello superiore” dalle regole concordatarie), cercando in tal modo di “stimolare” l’alternativa del debitore senza prospettive di continuità, che viene posto di fronte alle due strade: domanda di concordato liquidatorio (quasi certamente praticabile soltanto con apporto di finanza esterna) o fallimento».

proposta deve prevedere il pagamento monetario dell'ammontare dei crediti chirografari nella misura minima del 20%, non soltanto la loro soddisfazione. Il legislatore ha quindi chiaramente inteso distinguere il concetto di soddisfazione da quello di adempimento delle obbligazioni pecuniarie secondo le regole codicistiche (il dato letterale dell'art. 1277, comma 1, c.c. comporta che i debiti pecuniari si estinguono con moneta avente corso legale), con la conseguenza che non vi sono dubbi, come detto, circa il divieto di attribuire ai creditori trattamenti non costituiti da dazioni monetarie relativamente alla percentuale minima del 20% dell'ammontare dei crediti chirografari. Obbligo che costituisce il contenuto necessario della proposta, rimanendo libero il debitore di prospettare ai creditori un'ulteriore soddisfazione o pagamento, per la parte residua dell'80% dell'ammontare dei crediti»⁶⁰.

Negli stessi termini si è recentemente espresso il Tribunale di Milano⁶¹ il quale, in relazione all'interpretazione da dare al termine "pagamento", ha precisato: «nella proposta, il debitore si deve obbligare al pagamento monetario dell'ammontare del 20% del complessivo ammontare dei crediti chirografari, non essendo consentita la soddisfazione in altro modo. Il legislatore ha previsto, infatti, un contenuto necessario ed indisponibile della proposta, al quale può eventualmente aggiungersene uno eventuale, rimesso alla piena disponibilità del debitore, il quale potrebbe ad esempio prospettare ai creditori il pagamento di una somma ulteriore o utilità diverse, comunque idonee ad accrescere la misura del loro soddisfacimento. A favore di questa interpretazione milita la necessità di attenersi, in ossequio alla regola posta dall'art. 12 delle preleggi, al chiaro e per nulla ambiguo tenore letterale della norma, giacché il termine "pagamento" ha un suo significato tecnico proprio e preciso, in alcun modo equivalente al concetto di "soddisfacimento" e riconduce, secondo il tribunale senza incertezze, a quello che, ex art. 1277 c.c., costituisce lo strumento normale di adempimento delle obbligazioni pecuniarie e cioè il denaro. Non è vero, peraltro, che tale ricostruzione contraddica il primo comma del medesimo art. 160 l. fall., laddove

⁶⁰ G. B. NARDECCHIA, *Le modifiche alla proposta di concordato*, in *Il Caso.it*, 19 ottobre 2015, pp. 11-12.

⁶¹ V. F. MACRÌ, *Le recenti disposizioni in tema di concordato liquidatorio*, in *Dirittobancario.it*, settembre 2016, p. 5.

dispone che il piano concordatario possa prevedere “la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei creditori attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, accollo, o altre operazioni straordinarie...” dovendosi semplicemente ritenere che, in caso di concordato per *cessio bonorum* o di concordato promissorio, la previsione operi in relazione a quello che si è in precedenza definito il contenuto eventuale della proposta»⁶².

Secondo parte della dottrina e della giurisprudenza⁶³ invece, sono ammissibili forme di soddisfazione diverse, per le quali può comunque essere utilizzato il termine “pagamento” e, nello specifico, si segnala che: «non viene modificata la possibilità - concessa dall’art. 160 comma 1 - di proporre le più diverse forme e modalità di soddisfazione, ma sarà necessario comunque attribuire ad esse un valore percentuale soddisfacitivo in rapporto al montante dei crediti chirografari»⁶⁴.

In una posizione intermedia, ma più orientata verso la soddisfazione monetaria, si trova Ambrosini che afferma: «Stando quindi alla formulazione letterale del nuovo precetto, il concordato liquidatorio non potrebbe contemplare modalità soddisfattive diverse dal pagamento di somme di denaro; mentre era stato proprio il passaggio dal termine “pagamento” usato dalla legge del 1942 alla parola “soddisfazione” introdotta dalla novella del 2005 a indurre a predicare, del tutto correttamente, “il venir meno dell’obbligo previsto dall’art. 1277 cod. civ.”»⁶⁵.

Ad opinione di chi scrive, in forza dell’esplicita previsione del legislatore in tal senso, nel concordato liquidatorio la soddisfazione della percentuale minima dei creditori chirografari non può che avvenire attraverso il pagamento monetario, con l’esclusione per tale soglia di forme di soddisfazione alternative, quali l’accollo o la *datio in solutum*; mentre tale obbligo non trova applicazione nel caso di concordato preventivo in continuità. Il debitore, nel caso di concordato senza costituzione di classi, non può quindi prevedere forme di soddisfazione alternative, se non per la quota eccedente la soglia minima⁶⁶.

⁶² Trib. Milano, 7 aprile 2016, in *Il Caso.it*, Sez. Giurisprudenza, 15252, 17 aprile 2016, pp. 2-3.

⁶³ Tribunale di Pistoia, 29 ottobre 2015, in *Il Caso.it*.

⁶⁴ F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. 83/2015, Speciale riforma*, in *Il Civilista Officina del diritto*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 18.

⁶⁵ S. AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo alla luce della “miniriforma” del 2015*, in *Dir. fall.*, 2015, fasc. 5, CEDAM, p. 371.

⁶⁶ Cfr. E. SABATELLI, *Appunti sul concordato preventivo dopo la legge di conversione del d.l. n. 83/2015*, in *Il Caso.it*, 13 novembre 2015.

2.2.2. Concordato senza classi di creditori

La proposta, se non prevede la suddivisione dei creditori in classi, deve garantire una soddisfazione dei creditori chirografari almeno nella misura del 20 per cento, come previsto dall'art. 160, comma 4, e tale percentuale deve essere valutata rispetto al complesso di crediti. Di conseguenza, il tribunale dovrebbe negare l'accesso alla procedura qualora la soddisfazione prospettata al creditore sia al di sotto di tale soglia.

I creditori privilegiati devono essere pagati integralmente, ad eccezione del caso previsto dall'art. 160, comma 2, che consente una soddisfazione parziale qualora la relazione di un professionista attesti che i beni oggetto della garanzia non siano sufficienti a coprire il credito. La stima fatta dal professionista deve riguardare i beni e i diritti collegati ai crediti soggetti a falcidia in base al piano di concordato e deve parametrarsi al ricavato in caso di liquidazione, tenendo conto del loro valore di mercato. La proposta non può quindi prevedere una soddisfazione inferiore a quella oggetto della stima del professionista, realizzabile in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato del bene oggetto di garanzia nel caso di liquidazione fallimentare.

Il concordato, stante la genericità della formula adottata all'art. 160. 2, lett. e), gode di ampia libertà quanto al contenuto e può prevedere la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei creditori, fermo restando l'obbligo di pagamento.

Quanto alle modalità di vendita, se il concordato non dispone diversamente, l'art. 182 prevede che il tribunale nomini nel decreto di omologazione uno o più liquidatori e un comitato di tre o cinque creditori per assistere alla liquidazione e determini le altre modalità della liquidazione; trovano inoltre applicazione le regole sulle procedure competitive del fallimento, in forza del richiamo fatto dal comma 5 all'applicazione nel limite del compatibile degli artt. da 105 a 108-ter della l. fall.

Anche nel caso di cessione dei beni occorre chiarire il preciso obbligo che il debitore vuole assumere: in precedenza egli poteva impegnarsi a trasferire i beni ai creditori, come previsto dall'art 1977 e ss. del codice civile, e ritenersi liberato col solo trasferimento mentre, nel caso di cessione dispositiva, era necessario che i creditori ottenessero i frutti della liquidazione. La sola cessione dei beni, già

prima dell'ultima riforma, lasciava dei dubbi circa l'ammissibilità, avendo previsto la giurisprudenza la necessità di garantire una percentuale minima e non irrisoria di soddisfazione dei creditori⁶⁷. A seguito della miniriforma del 2015 che ha individuato la soglia minima di soddisfazione nel 20%, tale forma non è più ammissibile qualora la proposta del debitore e la relazione del professionista non siano in grado di assicurare con una elevata certezza il raggiungimento della soglia minima di soddisfazione.

2.2.3. Concordato con classi di creditori

Il decreto legge n. 35 del 2005 ha previsto la possibilità di strutturare il concordato preventivo in classi, suddividendo i creditori “*secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei*”⁶⁸. Il trattamento riservato ai creditori facenti parte della stessa classe deve essere identico mentre è possibile strutturare la proposta diversificando il trattamento tra classi.

La suddivisione in classi non può alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione, per cui il debitore non può procedere alla formazione di classi che vadano a ledere le cause di prelazione riconosciute dalla legge e l'ordine nel quale debbano essere soddisfatte.

Occorre innanzitutto chiedersi quale interpretazione debba essere attribuita alla previsione contenuta nell'art. 161, comma 2, lett. e), che richiede la necessità di indicare nella proposta l'utilità destinata a ciascun creditore. Con tale disposizione il legislatore ha richiesto che l'assicurazione riguardi non ogni singolo creditore ma che debba riferirsi alle diverse classi di creditori.

La libertà di prevedere trattamenti diversi tra le varie classi è limitata dall'art. 160 comma 4 che, come già segnalato, prevede un obbligo di soddisfazione dei creditori chirografari nella quota minima del 20% del loro credito. La riforma non specifica se, nel caso di concordato con suddivisione dei creditori in classi, l'applicazione di questa percentuale debba essere riferita ad ogni classe oppure debba essere analizzata rispetto alla soddisfazione complessiva dei creditori chirografari. La prima concezione assicurerebbe un “minimo garantito” a tutte le

⁶⁷ Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall*, 2013, fasc. 2, pp. 149-155, (v. par. 2.5.2.).

⁶⁸ Art. 160, comma 1, lett. c), r.d. 267/1942.

classi, mentre la seconda, pur garantendo il raggiungimento della soglia in termini complessivi, offrirebbe percentuali inferiori al 20% ad alcune classi di creditori. Si ritiene la seconda ricostruzione più corretta, poiché desumibile dalla lettera della norma e dalla volontà del legislatore che, nello specificare che il venti per cento riguarda “l’ammontare” dei creditori chirografari, segnala la necessità che tale valutazione comprenda la totalità di essi, soprattutto nel caso di divisione in classi. Anche la dottrina è orientata verso questa seconda concezione⁶⁹, poiché l’eventuale obbligo di garantire la soglia del 20% a tutte le classi di chirografari determinerebbe l’assunzione di un obbligo ulteriore rispetto a quello previsto dalla legge, qualora il debitore stabilisse trattamenti differenziati tra le classi⁷⁰. Nello stesso senso si è espresso anche il Tribunale di Roma che, al fine di garantire al debitore un margine di discrezionalità nella strutturazione della domanda, ha precisato: «in caso di formazione di classi, il rispetto dell’obbligo di corrispondere almeno il 20% dei crediti chirografari andrà assolto non in relazione a ogni singola classe ma con riferimento all’ammontare complessivo dei crediti chirografari»⁷¹.

⁶⁹ E. SABATELLI, *Appunti sul concordato preventivo dopo la legge di conversione del d.l. n. 83/2015*, in *Il Caso.it*, 13 novembre 2015, pp. 18-19; ; S. MANCINELLI, *op. cit.*, pp. 12-13; F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il “Decreto sviluppo”*, Speciale riforma, in *Il Civilista Officina del diritto*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 19.

⁷⁰ G. B. NARDECCHIA, *Le modifiche alla proposta di concordato*, in *Il Caso.it*, 19 ottobre 2015, p. 13 precisa: «Interpretazione che appare preferibile anche considerando che, altrimenti, la facoltà del debitore di suddividere i creditori in classi con trattamenti differenziati comporterebbe necessariamente l’assunzione di un obbligo superiore rispetto a quello imposto dalla legge. E ciò in quanto se il debitore dovesse assicurare a tutte le classi il pagamento di almeno il 20%, la differenziazione di trattamento condurrebbe inevitabilmente alla necessità di prospettare ad alcune un pagamento superiore alla soglia minima fissata per legge. Se, ad esempio, la proposta prevedesse la suddivisione dei creditori chirografari in tre classi con trattamenti differenziati, l’assicurazione del pagamento del 20% alla classe A, comporterebbe necessariamente un maggior impegno per le rimanenti due classi in quanto la differenziazione di trattamento non potrebbe che essere migliorativa rispetto alla soglia minima assicurata alla classe A. Tale lettura consente altresì di preservare, almeno in parte, lo spirito originario della riforma, garantendo un’ampia autonomia “negoziale” al debitore, il quale potrebbe modellare la proposta promettendo ai creditori inseriti in classi cui sia assicurato un pagamento inferiore al 20% altre utilità economiche compensative».

⁷¹ Così le *Linee Guida del Tribunale di Roma in ordine a talune questioni controverse della procedura di concordato preventivo*, 10 maggio 2016, in *Il Caso.it*; negli stessi termini la *Circolare operativa del Tribunale di Bergamo*, n. 2/16, 3 marzo 2016, in *ODCEC.bg.it - Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Bergamo*, p. 1, che precisa: «[n]e consegue ulteriormente che, ove il concordato preveda la divisione dei crediti chirografari in diverse classi, sarà possibile che alcune delle classi si vedano riservare un pagamento inferiore al 20%, a condizione che la media ponderata delle percentuali di pagamento non sia inferiore al limite di legge».

Si ritiene quindi possibile che il debitore strutturi la proposta prevedendo trattamenti diversi fra le varie classi, prevedendo per alcune di esse anche il pagamento di una percentuale inferiore al 20%, eventualmente compensata dall'attribuzione di beni di altro genere. Tale possibilità resta esercitabile entro alcuni limiti: il primo espressamente previsto dall'art. 160 di non alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione nella sua interpretazione "forte"⁷², il secondo individuato dalla sentenza delle S. U. della Corte di Cassazione⁷³ che richiede un pagamento non irrisorio al fine di soddisfare la causa concreta e il terzo di riuscire ad ottenere l'approvazione da parte della maggioranza dei creditori e delle classi.

Il rispetto dell'ordine delle cause di prelazione produce effetto anche all'interno delle classi. Infatti, la suddivisione dei creditori assistiti da prelazione non consentirebbe di raggruppare creditori con privilegio di grado diverso all'interno di una stessa classe. Allo stesso modo, la suddivisione dei creditori per interesse omogeneo non consente al debitore di posizionare creditori appartenenti ad una categoria omogenea in due classi diverse al fine di riservare loro trattamenti differenziati. Il potere del debitore di formare le classi non è assoluto e l'art. 163, primo comma attribuisce al tribunale il dovere, in sede di ammissione, di entrare nel merito del piano, valutando la correttezza dei criteri di formazione delle classi; solo ove sia stata rispettata l'omogeneità tra creditori, la procedura può essere aperta.

Sembra invece contrastare con il testo della norma l'ammissibilità di una classe autonoma di creditori privilegiati ai quali sia garantito l'integrale e immediato pagamento. La norma infatti, definisce che l'esercizio del diritto di voto debba essere riconosciuto ai creditori privilegiati solamente nel caso di rinuncia o di falcidia ed il metro di riferimento per valutare la differenziazione di trattamento tra creditori è appunto quello della soddisfazione integrale.

Infine, per quanto riguarda i creditori postergati, occorre ricordare che per i finanziamenti di soci ad una società, l'art. 2467 c.c. prevede che il loro rimborso sia postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori. Conseguentemente non si ritiene ammissibile la costituzione di una classe composta da creditori

⁷² Cass., 8 giugno 2012, n. 9373, in *Fall.*, 2012, 12, pp. 1409-1411, (v. par. 2.3.1.).

⁷³ Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, fasc. 2, pp. 149-155, (v. par. 2.5.2.).

chirografari e postergati, ed ai secondi non può essere riconosciuta alcuna soddisfazione fino a che non si sia provveduto all'integrale pagamento dei primi. La giurisprudenza appoggia tale orientamento ma sembra configurare anche un'eccezione, secondo la quale è ammessa una deroga al principio della postergazione nel caso in cui i creditori siano inseriti in una classe autonoma e la loro soddisfazione, inferiore a quella dei creditori chirografari, abbia ottenuto il consenso di tutte le classi di creditori e non della sola maggioranza assoluta dei creditori chirografari⁷⁴.

La suddivisione dei creditori in classi rimane, diversamente da quanto previsto nel progetto elaborato dalla Commissione Rordorf, espressione di una libera scelta del debitore, non sussistendo nei confronti di esso alcun obbligo di suddivisione e non potendo il tribunale, anche nel caso in cui esistano creditori chirografari con interessi economici non omogenei, obbligare il debitore a tale suddivisione.

2.3. La soddisfazione dei creditori prelatizi

Come già detto, a seguito delle modifiche apportate alla disciplina del concordato preventivo dal d.lgs. 169/2007, è stata introdotta la possibilità di una soddisfazione non integrale dei creditori prelatizi quando il bene su cui grava la garanzia non consenta la completa copertura del debito.

Occorre però distinguere i diversi tipi di garanzia e valutare quali siano le condizioni affinché tale falcidia possa essere compiuta. Nel caso di pegno o ipoteca, l'oggetto della garanzia è un bene mobile nel primo caso, e un bene immobile nel secondo; la falcidia del credito è possibile quando il realizzo dello specifico bene risultante la stima della relazione del professionista non sia sufficiente a coprire il debito. Nel caso di privilegi, la falcidia è attuabile per i

⁷⁴ Cass., 4 febbraio 2009, n. 2706, in *Il Caso.it*, la quale ritiene che, in tema di suddivisione dei creditori in classi, i soci finanziatori non possono essere inseriti nel piano insieme anche ad altri creditori chirografari, dovendo esse formate secondo interessi economici omogenei. Essendo comunque debitori, si ritiene comunque ammissibile una deroga al principio di postergazione purché con il consenso della maggioranza di ciascuna classe di creditori.

S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali, Le altre procedure concorsuali*, Volume IV, diretto da F. VASSALLI, F. P. LUIISO e E. GABRIELLI, Giappichelli, 2014, pp. 206-209.; sulla possibilità di ammissione dei creditori postergati v. G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 187-189.

creditori muniti di un privilegio speciale tutte le volte che il bene oggetto della garanzia, mobile o immobile, non risulti sufficiente alla soddisfazione del credito. Più difficile è invece prevedere una soddisfazione parziale dei creditori muniti di un privilegio generale, qualora esso si estenda anche alla collocazione sussidiaria sugli immobili. In tal caso, per poter proporre una soddisfazione non integrale, si deve dimostrare l'incapienza dell'intero patrimonio del debitore. Come giustamente segnalato⁷⁵, nel caso del privilegio generale, a differenza di quanto accade nel pegno, ipoteca e privilegio speciale, se si stima che nell'attivo concordatario non esista capienza sufficiente per il pagamento integrale dei creditori muniti di privilegio generale, non può esservi alcuna capienza per il pagamento dei crediti chirografari, cosicché verrebbero meno gli stessi presupposti per la presentazione di una domanda di concordato preventivo. Tale insanabile contraddizione è superabile solo attraverso il pagamento dei creditori chirografari esclusivamente con finanza esterna, che non transiti all'interno del patrimonio del debitore, escludendo tale apporto dal rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione⁷⁶.

2.3.1. Il rispetto “forte” o “debole” dell'ordine di soddisfazione dei creditori prelatizi

A seguito delle novità introdotte dal decreto del 2015, la soddisfazione dei creditori prelatizi in caso di falceia non può mai essere inferiore al 20% poiché, essendo tale soglia garantita ai chirografari, una minor soddisfazione dei prelatizi sarebbe in contrasto con uno dei principi inderogabili del concordato preventivo, del rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione.

Si trovano in dottrina due interpretazioni di tale principio: la prima, caratterizzata da una lettura “forte” del principio del rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione, afferma il divieto per la proposta di prevedere il pagamento dei creditori posti ad un livello inferiore della gerarchia legale delle cause di prelazione se il piano non riconosce la soddisfazione integrale di quelli posti ad un

⁷⁵ S. MANCINELLI, *Soddisfazione dei privilegiati e “pagamento (minimo) assicurato” dei chirografari nel concordato preventivo*, in *Osservatorio-Oci.org.*, p. 8.

⁷⁶ Cass., 8 giugno 2012, n. 9373, in *Fall.*, 2012, 12, pp. 1409-1411.

livello superiore. Secondo tale concezione, la proposta non può prevedere una soddisfazione dei creditori chirografari qualora non sia garantito l'integrale pagamento di quelli prelatizi fino a capienza del bene⁷⁷.

La seconda concezione, è caratterizzata da un'interpretazione "debole" (o più attenuata) del rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione e considera sufficiente, per non incorrere nella violazione del principio, che ai creditori inferiori non sia riservato un trattamento migliore rispetto a quelli superiori⁷⁸. Da tale concezione discenderebbe l'ammissibilità di una proposta che preveda una soddisfazione parziale dei creditori chirografari nonostante non sia garantita l'integrale soddisfazione di quelli prelatizi, a condizione che il trattamento riservato ai primi non sia superiore a quello dei creditori riservato ai secondi.

Sul tema occorre segnalare quanto affermato dalla Corte di Cassazione con la sentenza del 8 giugno 2012, n. 9373⁷⁹. La corte è intervenuta in materia di c.d. "finanza esterna", chiedendosi se tali apporti siano da sottoporre al rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione.

Nello specifico, la corte afferma che riguardo ai criteri di costituzione delle classi di creditori ex art. 160 comma 2, si possono individuare due regole:

- è possibile prevedere che i creditori muniti di cause legittime di prelazione non siano soddisfatti integralmente, purché il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quale sussiste la causa di prelazione, indicato nella relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3.
- il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione.

La corte ritiene di doversi rifare alla seconda regola per risolvere la questione posta dall'apporto finanziario di un terzo e sul suo possibile collocamento in deroga al rispetto dell'ordine di prelazione. Precisa che con la seconda regola il

⁷⁷ Cfr. G. BOZZA, *Il trattamento dei crediti privilegiati nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2012, fasc. 4, pp. 377-394.

⁷⁸ Cfr. R. RANALLI, *La soddisfazione parziale dei creditori privilegiati nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2014, fasc. 12, p. 1353 ; S. MANCINELLI, *op. cit.*, p. 4.

⁷⁹ Cass., 8 giugno 2012, n. 9373, in *Fall.*, 2012, 12, pp. 1409-1411.

legislatore ha espresso chiaramente l'inalterabilità dell'ordine di graduazione dei crediti muniti di cause di prelazione e che tale principio trova fondamento nella legge e non è disponibile dalle parti. Inoltre, l'argomento logico sistematico che ritiene tale ordine inalterabile trova il suo limite nel patrimonio del debitore e non vieta al terzo di condizionare il suo apporto alla soddisfazione preferenziale di crediti postposti. Ciò detto la corte precisa che tale argomentazione soccombe alla regola qualora l'apporto transiti nel patrimonio del debitore, essendo irrilevante a questo punto la provenienza dei mezzi.

La corte, attenendosi alla regola per la quale il principio di responsabilità patrimoniale ex art. 2740 del c.c. trova come ambito di applicazione unicamente quello del patrimonio del debitore, risolve il quesito ammettendo che solo attraverso la finanza esterna è possibile provvedere al pagamento dei creditori in deroga all'ordine legittimo delle cause di prelazione, purché l'apporto sia neutrale e non comporti alcuna variazione dell'attivo o del passivo patrimoniale. Un criterio di supporto per valutare la neutralità dell'apporto, oltre a quello delle specifiche condizioni dello stesso, sembra essere, ad opinione di chi scrive, il momento in cui tale apporto intervenga. L'apporto del terzo può infatti essere considerato esterno al patrimonio sia nel caso in cui venga strutturato in modo tale da non incidere sul patrimonio del debitore ex art. 2740 destinato alla soddisfazione dei creditori secondo l'ordine di prelazione, sia nel caso in cui avvenga dopo la presentazione della domanda⁸⁰.

Dalla sentenza si desume, quantomeno ad opinione di chi scrive, che l'interpretazione da attribuire al rispetto dell'ordine delle cause di prelazione, essendo questo derogabile esclusivamente attraverso la finanza esterna, non possa essere che quella "forte", per cui nella proposta i creditori chirografari possono essere soddisfatti, oltre che nell'ipotesi di finanza esterna, solamente qualora i creditori prelatizi siano stati pagati integralmente o falciati per incapienza del

⁸⁰ Sul tema della finanza esterna v. R. AMATORE, *Finanza esterna nel concordato preventivo*, in *Giustiziacivile.com*.

bene oggetto di garanzia (con l'eccezione del caso di creditori titolari di privilegi generali)⁸¹.

2.3.2. La soddisfazione degradata

Qualora la stima del bene su cui insiste il privilegio del creditore attesti un valore inferiore a quello del credito, ma comunque superiore al 20% dello stesso, il creditore prelatizio è considerato chirografario per la quota non coperta dal bene oggetto di garanzia, con la conseguente acquisizione del diritto di voto per detta quota. Premesso quindi che la stima è requisito essenziale al fine di poter prevedere, in deroga al principio del rispetto dell'ordine delle cause di prelazione, un pagamento non integrale del creditore titolare di pegno, ipoteca o privilegio speciale, rimane da capire se tale equiparazione, oltre all'attribuzione del voto, legittimi il creditore a pretendere una soddisfazione del credito degradato a chirografario di almeno il 20% come previsto dall' art. 160 comma 4. Fermo restando che il mancato richiamo della disciplina del concordato preventivo all'art 54 l. fall. non permette di regolare il concorso dei creditori privilegiati con i creditori chirografari, la dottrina maggioritaria⁸² ritiene applicabile la soddisfazione minima anche alla parte del credito degradato. Di conseguenza, è giusto e condivisibile, ritenere che al creditore privilegiato spetti una soddisfazione del credito strutturata in due parti: una parte coperta dal bene oggetto della garanzia, e la parte rimanente assicurata con almeno il 20% o alla maggiore percentuale garantita, come qualsiasi altro creditore chirografario.

Caso diverso è quello in cui i creditori prelatizi, in base al valore stimato dal professionista, non riescano ad ottenere dal bene sul quale sussiste la causa di prelazione neanche una soddisfazione del 20% o quella eventualmente superiore

⁸¹ A favore di tale interpretazione v. Tribunale di Pordenone, 13 ottobre 2015, in *Il Caso.it*, il ha ritenuto che violasse l'ordine delle cause di prelazione la destinazione ai creditori chirografari dei canoni di locazione dell'immobile ipotecato.

⁸² S. AMBROSINI, *Il diritto della crisi d'impresa nella legge n. 132 del 2015 e nelle prospettive di riforma*, in *Il Caso.it*, 30 novembre 2015, pp. 11- 14; M. FABIANI, *I nuovi vincoli alla proposta di concordato preventivo visti dal prisma di una "lettura difensiva"*, in *Fall.*, 2016, fasc. 5, pp. 580-581; L. A. BOTTAI, *Sub Art. 160*, in *La nuova riforma del diritto concorsuale, Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015*, Giappichelli, 2015, Torino, p. 105; *contra* S. MANCINELLI, *op. cit.*, p. 16; G. B. NARDECCHIA, *Le modifiche alla proposta di concordato*, in *Il Caso.it*, 19 ottobre 2015, pp. 15-19; F. MACRÌ, *Le recenti disposizioni in tema di concordato liquidatorio*, in *Dirittobancario.it*, settembre 2016, p. 4.

riservata ai creditori chirografari. Tali creditori dovranno comunque essere pagati in una percentuale pari a quella riservata ai creditori chirografari per la quota degradata a chirografario evitando di violare i principi della *par condicio* fra creditori⁸³.

Nel caso in cui il creditore disponga invece di un privilegio generale, e la stima attesti l'incapienza della totalità del patrimonio, è necessario l'intervento di finanza esterna sia al fine di garantire l'eventuale soddisfazione integrale ai creditori titolari di privilegi generali, sia per permettere al debitore di assicurare il pagamento dei creditori chirografari nella misura minima del 20% al fine di ottenere l'ammissione alla procedura.

Ulteriore problema si verifica nel caso in cui vi sia uno scostamento tra quanto previsto nella relazione del professionista ex art. 160 comma 2, realizzata prima della vendita dei beni, e quanto effettivamente realizzato attraverso la liquidazione concordataria. Alcuni ritengono che l'eventuale *quid pluris*, non debba spettare al creditore garantito, in quanto la degradazione del credito ha carattere definitivo ed un realizzo diverso previsto non altera la quota di spettanza al creditore definita dall'accordo⁸⁴. Altri ritengono invece che la relazione fissi un limite minimo ma non un massimo, evitando la possibilità che il creditore sia privato di parte del realizzo del bene oggetto di garanzia, attraverso una stima al ribasso⁸⁵; si assicura così l'osservanza del principio che garantisce una soddisfazione almeno pari a quella realizzabile in caso di liquidazione e dei principi della responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.) e del rispetto delle cause legittime di prelazione (art. 2741 c.c.).

⁸³ S. MANCINELLI, *op. cit.*, p. 16; M. FABIANI, *op. cit.*, pp. 580-581; G. B. NARDECCHIA, *op. cit.*, pp. 15-19;

⁸⁴ M. FABIANI, *Fallimento e concordato preventivo : Art. 2221. Vol. 2, Il concordato preventivo*, in *Commentario del codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. DE NOVA, 2014, Bologna, a p. 253 precisa che qualora dalla liquidazione si ricavi una somma maggiore rispetto a quella stimata dall'esperto, occorre valutare la proposta concordataria per attribuire tale eccedenza. Se nella proposta è stato promesso al creditore privilegiato quanto ricavato dal bene, tutto il valore ottenuto, deve spettare al creditore garantito; qualora invece nella proposta sia stato offerto il pagamento pari al valore stimato del bene, sarà sufficiente che il debitore corrisponda al creditore quanto a lui promesso.

⁸⁵ S. MANCINELLI, *op. cit.*, pp. 9-10.

Questa seconda tesi sembra essere quella da preferire e in tale direzione si è mossa anche parte della giurisprudenza⁸⁶, anche se mal si concilia con il diritto di voto esercitato dai creditori per la parte di credito non coperto e degradato a chirografario.

La prima concezione infatti desta alcune perplessità: adottando la tesi della non modificabilità nel caso di realizzo superiore alla previsione si verrebbe a creare, un insanabile contrasto con quanto previsto all'art. 160, comma 2, secondo cui il trattamento dei creditori garantiti debba essere almeno pari a quello riservato loro nel caso di liquidazione fallimentare e si violerebbe il principio di integrale destinazione del patrimonio alla soddisfazione dei creditori secondo l'ordine di prelazione⁸⁷.

La dottrina, per cercare di trovare una soluzione al problema, fermo restando la necessità della proposta di assicurare la soglia minima del 20%, per le eventuali valutazioni superiori, ha individuato che in ogni caso, può essere d'aiuto l'introduzione nella proposta concordataria di una clausola⁸⁸ che preveda l'adeguamento dell'importo del credito in base al valore finale ottenuto nella liquidazione, mentre la previsione oggetto della relazione avrebbe valenza unicamente ai fini dell'esercizio del voto.

La dottrina si è interrogata anche sulla possibilità di un degrado temporale e qualitativo, oltre che quantitativo. Per il secondo, nonostante il richiamo fatto all'art. 160, comma 2 al concetto più generico di "soddisfazione integrale" rispetto all'art. 177, comma 2 che parla di "pagamento integrale", non pare ammissibile, ad opinione di chi scrive, un trattamento qualitativo dei prelatizi deteriore rispetto a quello previsto per i chirografari, perché ciò si porrebbe in

⁸⁶ Sul tema v. Tribunale di Milano, 15 dicembre 2016, in *Il Caso.it*, il quale ha escluso la possibilità di utilizzare il surplus da liquidazione sul bene oggetto di garanzia rispetto al valore stimato, per destinarlo ai creditori chirografari.

⁸⁷ Cass., 8 giugno 2012, n. 9373, in *Fall.*, 2012, 12, pp. 1409-1411, (v. par. 2.3.1.).

⁸⁸ R. RANALLI, *La soddisfazione parziale dei creditori privilegiati nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2014, fasc. 12, p. 1358 propone l'introduzione di meccanismo di soddisfazione variabile prendendo spunto dal meccanismo di *earn out* e *earn in* (o *reverse earn out*). Tale meccanismo permetterebbe di evitare per il caso di liquidazione al ribasso di dover privare gli altri creditori di risorse per garantire quanto promesso al creditore nella proposta, mentre nel caso di liquidazione superiore alla proposta permetterebbe di non incorrere nella violazione del principio ex art. 160.2 della soddisfazione non inferiore, resterebbe però da vedere quale potrebbe essere il giudizio dei tribunali rispetto ad una proposta concordataria a "soddisfazione variabile" soprattutto qualora tale soddisfazione scendere al di sotto di quella minima attribuita ai creditori chirografari.

contrasto con i principi inderogabili affermati nell'art 160 comma 2 e ribaditi dalla giurisprudenza⁸⁹.

Per il degrado temporale invece, la giurisprudenza e parte delle dottrine⁹⁰ hanno aperto a tale possibilità, ma altra parte⁹¹ continua ad essere contraria poiché si determinerebbe una violazione del principio di tassatività, individuando un'ipotesi, *extra legem*, di pagamento dilazionato dei privilegiati⁹².

La possibilità di un pagamento dilazionato dei creditori prelatizi, ad opinione di chi scrive, risulta pienamente ammissibile mentre sono da contrastare invece le interpretazioni contrarie. La Corte di Cassazione si è più volte pronunciata sul tema, già prima della riforma con la sentenza n. 10112, del 9 maggio 2014⁹³, con la quale si è espressa sull'ammissibilità di una soddisfazione integrale, ma dilazionata, dei creditori. Nello specifico, il caso riguarda una pronuncia con cui il tribunale di Roma aveva ritenuto che il pagamento dei creditori per intero ma dilazionato non fosse consentito, essendo l'esclusione dei prelatizi dal diritto di voto direttamente collegata alla soddisfazione integrale ed immediata. Il tribunale di primo grado ammetteva una deroga unicamente nel caso di rinuncia espressa da parte dei creditori, nonostante successivamente al provvedimento del tribunale, vi fosse stata un'integrazione della domanda da parte della società con la quale riconosceva per la dilazione la corresponsione di interessi e il diritto di voto. La

⁸⁹ Cass., 20 luglio 2012, n. 13284, in *Fall.*, 2013, fasc. 5, p. 578, la quale ha individuato due principi inderogabili del concordato preventivo nell'art. 160, comma 2 della l. fall., già previsti nella Cass., 8 giugno 2012, n. 9373 e qui ribaditi: il rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione ed il soddisfo dei privilegiati, in senso lato, in misura non inferiore a quella realizzabile sul ricavato in caso di liquidazione dei beni sottoposti a prelazione.

⁹⁰ Cass., 9 maggio 2014, n.10112, in *Dir. fall.*, 2015, fasc. 5, p. 553, con nota di L. VECCHIONE, *Brevi cenni sull'ammissibilità di un pagamento dilazionato dei creditori privilegiati nel concordato liquidatorio*, in *Dir. fall.*, 2015, fasc. 5, pp. 553-564; S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali, Le altre procedure concorsuali*, Volume IV, diretto da F. VASSALLI, F. P. LUISO e E. GABRIELLI, Giappichelli, 2014, pp. 168-169.

⁹¹ Tribunale di Rovigo, 26 maggio 2015, decreto, in *Fall.*, 2015, fasc. 3, pp. 329-330, con nota di G. B. NARDECCHIA, *La cessione dilazionata dei beni gravati da diritti di prelazione*, in *Fall.*, 2016, fasc. 3, pp. 330-336.

⁹² R. RANALLI, *op. cit.*, p. 1358 richiama in tal senso, F. LAMANNA, *Pagamento dilazionato - La pretesa indistinta ammissibilità nel concordato preventivo del pagamento dilazionato dei crediti muniti di prelazione*, in www.ilfallimentarista.it, 2014; F. DI MARZIO, *Il pagamento concordatario dei creditori garantiti può essere dilazionato solo per consenso o nei casi previsti dalla legge*, in www.ilfallimentarista.it, 2014.

⁹³ Il principio è stato poi ripreso e riconfermato in 3 sentenze successive: Cass., 26 settembre 2014, n. 20388, in *Fall.*, 2015, fasc. 3, pp. 273-274; Cass., 2 settembre 2015, n. 17461, in *Il Caso.it*; Cass., 23 febbraio 2016, n. 3482, in *IlCodiceDeiConcordati.it*;

corte ha ribadito la contrarietà di tale forma di soddisfazione all'art. 160 comma 2, che riconosce la possibilità di una riduzione solamente quantitativa. Così come non era ammissibile il voto dei creditori privilegiati in forza dell'art. 177 l. fall. che prevede tale possibilità solo nel caso di rinuncia o di soddisfazione non integrale.

La società ha presentato ricorso contestando le ricostruzioni del tribunale. Con il primo motivo di ricorso si segnala l'errata applicazione dell'art. 160 comma 2 precisando la possibile equiparabilità fra soddisfazione con riduzione quantitativa e soddisfazione integrale con notevole dilazione nel tempo.

Con il secondo motivo la ricorrente denuncia che in merito al diritto di voto la norma da applicare sia l'art. 177 comma 3 e non, come fatto dalla corte, il comma 2 che limita l'applicazione del diritto di voto al caso di rinuncia espressa da parte del creditore; il comma 3 prevede infatti che i creditori privilegiati di cui sia prevista la soddisfazione parziale, sono equiparati ai chirografari ai fini del voto, per la parte non soddisfatta.

Con l'ultimo motivo di ricorso si segnala l'erronea motivazione del provvedimento di primo grado, il quale non aveva tenuto conto della modifica della proposta attraverso il riconoscimento degli interessi per il periodo di dilazione.

La Cassazione ha individuato una pluralità di questioni:

- l'ammissibilità di una proposta che preveda il pagamento dilazionato dei creditori privilegiati;
- se tale ammissione comporti una legittimazione al voto in quanto equiparati ai creditori chirografari;
- quale debba essere nel caso l'entità del credito da ammettere al voto;
- l'incidenza dell'eventuale riconoscimento di interessi legali sulla misura del voto.

La corte, rispetto al primo quesito, ha ritenuto pienamente ammissibile una proposta con pagamento dilazionato, in forza dell'intervento legislativo ad opera del decreto correttivo del 2007 il quale, al fine di invertire il regime previgente caratterizzato da una legittima esclusione del diritto di voto, giustificata dall'obbligo di soddisfazione integrale e immediata dei creditori privilegiati, ha

riformato gli artt. 160, comma 2 e 177, comma 3 l. fall. Gli articoli riconoscono rispettivamente l'ammissibilità di una soddisfazione non integrale dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca nel caso di incapienza del bene o diritto oggetto di prelazione (attestata dalla relazione di un professionista) e il conseguente diritto di voto dei creditori destinati a non essere soddisfatti integralmente. Dalla natura innovativa della norma e dalla equiparabilità delle due situazioni (soddisfazione non integrale e soddisfazione dilazionata) si ritiene ammissibile una proposta contenente una dilazione di pagamento. La corte segnala due altre disposizioni a convalida della propria lettura dell'ammissibilità della dilazione di pagamento, l'art. 182-ter e l'art. 186-bis, comma 2, i quali consentono un pagamento dilazionato, rispettivamente in tema di transazione fiscale e di moratoria nel concordato con continuità aziendale, fino ad un anno senza il diritto di voto. Da tale ultima disposizione la Corte, a contrario, desume l'applicazione del principio generale dell'art. 177 comma 3.

Una volta ammessa la possibilità di un pagamento dilazionato, si pone il problema del *quantum*, ovvero di quale sia l'importo del credito a cui è riconosciuto il diritto di voto. La sentenza ha individuato tale importo nella "perdita economica" precisando che: «[l]a determinazione in concreto di tale perdita, (rilevante ai fini del computo del voto dei privilegiati) costituisce, ovviamente, accertamento in fatto che il giudice di merito dovrà compiere, alla luce della relazione giurata ex art. 160, comma 2, l. fall. e tenendo conto di eventuali interessi offerti ai creditori e dei tempi tecnici di realizzo dei beni gravati nell'ipotesi di soluzione alternativa al concordato, oltre che del contenuto concreto della proposta nonché della disciplina degli interessi di cui agli artt. 54 e 55 l. fall. (richiamata dall'art. 169 l. fall.)»⁹⁴.

Sul tema della soddisfazione dilazionata è intervenuta successivamente anche la sentenza di Cassazione del 26 settembre 2014, n. 20388, nella quale la Corte ha ribadito, come eccezione alla regola del pagamento integrale ed immediato, l'ammissibilità di una proposta che preveda un pagamento dilazionato dei creditori prelatizi, e che l'individuazione della "perdita economica" da ammettere

⁹⁴ Cass., 9 maggio 2014, n.10112, in *Dir. fall.*, 2015, fasc. 5, p. 553.

al voto spetti al giudice di merito caso per caso in base alle condizioni della proposta.

Si ritengono ammissibili forme diverse di soddisfazione dei creditori prelatizi:

- “pagamento integrale”, qualificato come “l’esatto adempimento” nella sentenza Cass. 17461/2015⁹⁵. Tale forma di soddisfazione costituisce la regola generale ed è caratterizzata dal pagamento in denaro del credito per il suo intero importo alla scadenza o con dilazioni massima corrispondente a quella imposta dai “tempi tecnici” necessari alla liquidazione del bene. In questo secondo caso oltre al pagamento del credito, si deve provvedere al pagamento degli interessi ex artt. 54-55 l. fall.

- “soddisfazione non integrale”, qualora preveda un pagamento effettuato per intero, ma oltre i “tempi tecnici” e il giudice di merito rilevi l’insussistenza degli interessi o non li ritenga idonei a compensare la “perdita economica”. In questi casi il creditore dovrà essere ammesso al voto. Il creditore deve essere ammesso al voto anche quando, pur non essendovi una perdita economica perché compensata da adeguati interessi, dalla soddisfazione integrale dilazionata il creditore abbia comunque subito un pregiudizio conseguente all’impossibilità di disporre della somma e al rischio di inadempimento che il ritardo comporta, rimettendo al creditore attraverso l’espressione del voto la decisione sul pregiudizio dovuto dalla soddisfazione dilazionata, non avendo il legislatore espressamente previsto, come fatto per la moratoria annuale con l’art. 186 bis, comma 2 lett. c) nel concordato con continuità, una esclusione del diritto di voto in tal caso⁹⁶.

Rispetto all’importo del credito da ammettere al voto occorre segnalare quanto affermato dalla stessa Corte nella sentenza n. 22045, del 31 ottobre 2016. Tale pronuncia riguarda un caso di concordato fallimentare, ma data l’identica

⁹⁵ Cass., 2 settembre 2015, n. 17461, in *Il Caso.it*, la sentenza riconosce come fondato il motivo della ricorrente, la quale contestava il giudizio della Corte d’appello di Roma; la corte del merito, confermando la decisione di primo grado, aveva ritenuto inammissibile una proposta di concordato che prevedeva una soddisfazione dei creditori privilegiati dilazionata dai tempi necessari alla liquidazione, senza prendere in considerazione e valutare il riconoscimento degli interessi convenzionali prevista per la remunerazione del tempo. La valutazione dell’eventuale “perdita economica”, così come richiesta nella sentenza 10112/2014 è stata del tutto omessa da parte della Corte d’appello e per questo cassata.

⁹⁶ Sul tema v. L. VECCHIONE, *Brevi cenni sull’ammissibilità di un pagamento dilazionato dei creditori privilegiati nel concordato liquidatorio*, in *Dir. fall.*, 2015, fasc. 5, pp. 553-564.

formulazione dell'art. 124 comma 3 e dell'art. 160 comma 2, la motivazione può trovare applicazione anche nel caso di concordato preventivo. La sentenza interviene sulle due tematiche collegate alla soddisfazione dilazionata dei creditori prelatizi, della necessità di una relazione giurata ex art. 160 comma 2 nel caso di sola soddisfazione dilazionata del credito e dell'importo da ammettere al voto. Sulla prima questione la Corte, per escludere la necessità della relazione in questo specifico caso, precisa che il pagamento integrale ma dilazionato, anche se compensato dalla corresponsione degli interessi, comporta un sacrificio del creditore tale da legittimare la partecipazione al voto ma non giustifica, la necessità di una relazione del professionista, in forza della *ratio* per è stata richiesta, cioè per stabilire il valore di mercato del bene o diritto oggetto della prelazione, al fine di valutare che la soddisfazione offerta sia almeno pari al valore ottenibile in sede di liquidazione fallimentare. Essa non assume rilevanza nel caso di pagamento dilazionato, essendo la soddisfazione collegata al profilo temporale e non al valore specifico del bene. La corte precisa che la valutazione dell'incidenza di profili temporali sulla soddisfazione debba essere oggetto di valutazione da parte degli organi della procedura e non della relazione del professionista.

Rispetto alla seconda questione, la corte afferma l'impossibilità di assimilare il pagamento integrale ed immediato al pagamento integrale ma dilazionato e con corresponsione di interessi, in quanto il primo permette di disporre della somma immediatamente dopo l'omologazione, mentre il secondo determina non solo l'impossibilità d'impegnare la cifra per eventuali pagamenti, ma espone il creditore al rischio di inadempimento prolungato nel tempo. La corte ritiene quindi corretto che i creditori partecipino al voto sulla proposta nei limiti della perdita consequenziale, poiché il pagamento dilazionato, anche se compensato da interessi legali, comporta comunque pregiudizio.

Ad opinione di chi scrive, il diritto di voto del creditore deve trovare applicazione rispetto all'intero importo di credito dilazionato, e non esclusivamente per la perdita economica. Come ai creditori chirografari falcidiati, viene riconosciuto il potere di voto rispetto all'intero credito, allo stesso modo in forza dell'equiparazione ex art. 177 l. fall., ai creditori prelatizi che subiscano una

soddisfazione dilazionata deve esser riconosciuto il diritto di voto rispetto all'intero credito.

L'ultima questione, posta dal riconoscimento dell'ammissibilità di una proposta con soddisfazione degradata dei prelatizi, riguarda la necessità di una loro ricomprensione in una classe costituita *ad hoc* per la parte di soddisfazione non immediata, in forza del principio di suddivisione secondo interessi economici omogenei. Sul tema è intervenuta la sentenza della Corte di Cassazione n. 3482 del 23 febbraio 2016, la quale ha espressamente escluso la necessità di tale suddivisione stante l'omogeneità dei creditori, ai fini del voto, frutto dell'equiparazione ex art. 177, comma 3.

2.4. La relazione del professionista indipendente

L'articolo 161, comma 3 richiede che il piano e la documentazione da presentare insieme alla domanda siano accompagnati dalla relazione di un professionista, designato dal debitore, in possesso dei requisiti⁹⁷ di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), della l. fall. che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo⁹⁸.

A seguito della "miniriforma" del 2015 è stato valorizzato il ruolo del professionista attestatore, il quale è chiamato ad esprimersi in una pluralità di casi,

⁹⁷ Il professionista rimane sempre espressione di una scelta del debitore, purché abbia i requisiti richiesti attraverso il richiamo all'art. 67, comma 3, lett. d):

- deve essere iscritto nel registro dei revisori legali;
- deve essere in possesso dei requisiti all'art. 28, lett. a) e b), l. fall. per la nomina a curatore;
- necessaria assenza di legami con l'impresa e di rapporti di natura personale o professionale con coloro i quali hanno interesse alla procedura di concordato tali da comprometterne il giudizio.

Ulteriori requisiti richiesti dall'art. 67, comma 3, lett. d) al professionista sono quelli di cui all'articolo 2399 del c.c.:

- non deve sussistere nessuna delle cause d'ineleggibilità e di decadenza previste per la carica di sindaco di società.
- non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero aver partecipato agli organi di amministrazione o di controllo.

Qualora il professionista non disponga di uno o più di questi requisiti, ma provveda comunque alla redazione della relazione, si ritiene che la domanda così presentata dal debitore debba essere dichiarata inammissibile dal tribunale ex art. 161 l. fall.

⁹⁸ Sul tema e sulla figura del professionista attestatore v. G. COVINO e L. JEANTET, *La relazione del professionista attestatore tra fattibilità del piano ed "assicurazione" del pagamento proposto nel ricorso*, in *Dirittobancario.it*, marzo 2016.

in relazione all'affidamento dei creditori sulla proposta tramite la redazione di una relazione valutata dal tribunale. L'introduzione della soddisfazione minima e delle proposte concorrenti hanno determinato l'allargamento del controllo sulla fattibilità del piano, andando a comprendere il controllo sull'idoneità di esso a garantire la soglia minima o la maggiore soddisfazione prospettata.

Rispetto al contenuto della relazione del professionista ex art. 161, comma 3, della l. fall., la dottrina non è in totale accordo: vi è chi ritiene che in forza di un'interpretazione letterale della disposizione, l'oggetto dell'attestazione debba rimanere limitato al piano ed alla documentazione presentata del debitore⁹⁹; altri invece, a seguito della riforma e al fine di escludere le proposte concorrenti, ritengono che la proposta debba essere oggetto necessario di valutazione insieme al piano ed alla documentazione, nonostante il testo della norma non richiami espressamente ad essa¹⁰⁰. In una logica funzionale, la necessità di attestare la fattibilità e la soglia minima di soddisfazione, ad opinione di chi scrive, non sembra ammettere limitazioni al contenuto della valutazione del professionista il quale, al fine di rilasciare la propria attestazione di fattibilità del piano e della capacità di garantire la percentuale indicata, deve necessariamente estendere la propria valutazione a tutti i profili collegati al piano, *in primis*, la proposta. Sarebbe infatti poco sensata un'interpretazione che limiti l'ambito di valutazione del professionista, in contrasto con la sua funzione informativa.

La relazione deve essenzialmente contenere due attestazioni, la prima riguardante la veridicità dei dati aziendali e la seconda la fattibilità del piano. Il giudizio del professionista deve permettere ai creditori di poter esprimere un giudizio informato in sede di votazione.

Nella prima attestazione il professionista dovrà innanzitutto svolgere un'approfondita analisi della situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa in crisi, valutando tutte le componenti (beni immobili, giacenze di magazzino, crediti, etc.), anche tramite verifiche a campione e confronto con documenti (conformi o difformi) ottenuti altrove o da terzi. Tale controllo deve

⁹⁹ S. AMBROSINI, *op. cit.*, pp. 31- 35.

¹⁰⁰ G. B. NARDECCHIA, *Le modifiche alla proposta di concordato*, in *Il Caso.it*, 19 ottobre 2015, p. 23 in relazione al richiamo fatto alla relazione del professionista dall'art. 163, comma 5, afferma: «[i]l professionista deve quindi attestare/assicurare non soltanto la fattibilità delle azioni programmate per la realizzazione della proposta, ma anche la fattibilità della proposta medesima».

riguardare le componenti attive e passive, al fine di evitare fenomeni di occultamento di parte dell'attivo o di mascheramento del passivo, e i contratti pendenti. Compito del professionista è controllare anche la corretta quantificazione dei debiti e la qualificazione dei creditori. L'attestazione di veridicità si deve estendere non soltanto a tutti gli elementi contabili, ma anche a quelli extracontabili necessari per la predisposizione del piano (proposta irrevocabile di acquisto, esistenza di contratti utili per il piano, potenziali sopravvenienze attive o passive, rischi futuri, etc.) e non si deve limitare ad una mera analisi comparatistica, ma deve essere un controllo, che anche grazie a documenti ottenuti da soggetti terzi, riesca a confermare che la situazione prospettata dal debitore corrisponda a quella in cui effettivamente versa l'impresa¹⁰¹. Per tale motivo la relazione deve contenere l'indicazione dei criteri e dei metodi seguiti per il controllo della veridicità.

L'attestazione di fattibilità del piano richiede al professionista di non limitarsi ad affermare una validità generica, ma di eseguire una valutazione profonda e accuratamente sorretta da un'adeguata motivazione, esprimendo con argomentazioni logiche e coerenti come sia pervenuto al risultato rappresentato. Avendo previsti i vincoli della soglia minima e dell'obbligo di indicazione dell'utilità specificatamente individuata ed economicamente valutabile, si ritiene non attestabile un piano che si distacchi dalla proposta o un piano fedele alla proposta che non rispetti tali requisiti ed è necessario, ad opinione di scrive, che il professionista non attesti la fattibilità del piano qualora mantenga delle riserve sull'effettiva capacità di realizzo della percentuale indicata. È pur vero che questa possibilità trova un grosso limite nella nomina di tale soggetto da parte del debitore. Ciò detto, il professionista deve svolgere un controllo imparziale, basato su elementi oggettivi e riscontrabili, sull'idoneità del piano proposto ad assicurare quantomeno la soddisfazione minima dei creditori chirografari pari al 20% del loro credito. A tal fine, è auspicabile e necessario che l'attestatore sottoponga il piano ad una serie di *stress test* in grado di individuare il "punto di rottura", ovvero la situazione in cui la proposta non sia più concretamente attuabile. Qualora il piano contenga un margine di rischio tollerabile, si ritiene che

¹⁰¹ Cfr. G. LO CASCIO, *Il professionista attestatore*, in *Fall.*, fasc. 11, 2011, pp. 1325-1337.

l'attestazione di fattibilità consentirà, salvo eventi straordinari, di assicurare con elevato margine di probabilità, la solidità della proposta e della soddisfazione assicurata.

Il giudizio del professionista deve tenere conto anche del carattere altalenante del mercato, della fase temporale presumibilmente necessaria per il realizzo e di circostanze imprevedibili che possano alterare il concreto rendimento della liquidazione. La relazione deve quindi essere coadiuvata da un'adeguata motivazione, oltre che dall'indicazione dei criteri e metodi usati¹⁰², che consentano di far comprendere ai creditori, al tribunale e al commissario giudiziale, quale sia stato il ragionamento che ha permesso al professionista di attestare la veridicità dei dati e la fattibilità del piano. La mancanza o una sbrigativa redazione di essa dovrà essere oggetto di valutazione del tribunale ai fini dell'ammissibilità della domanda di concordato.

Al fine di escludere la legittimazione dei creditori a presentare proposte concorrenti a quella del debitore, l'art. 163 al nuovo quinto comma richiede che la relazione del professionista attesti attraverso una specifica valutazione che la proposta formulata dal debitore sia in grado di assicurare il pagamento dei creditori chirografari nella percentuale del 30% e del 40%, rispettivamente per il caso di concordato con continuità aziendale e per il caso di concordato liquidatorio¹⁰³.

Si ritiene che questa disposizione, analogamente a quanto richiesto per il giudizio di fattibilità, segnali la necessità di un'attestazione "forte" del professionista e non

¹⁰² G. COVINO e L. JEANTET, *La relazione del professionista attestatore tra fattibilità del piano ed "assicurazione" del pagamento proposto nel ricorso*, in *Dirittobancario.it*, marzo 2016, pp. 17-18, nel caso di concordato liquidatorio, per il giudizio di fattibilità, fanno riferimento ad un'analisi "per gradi" in cui il professionista deve valutare la capacità del piano di raggiungere la soglia indicata rispetto ad ipotesi liquidatorie via via peggiorative.

¹⁰³ G. COVINO e L. JEANTET, *op.cit.*, pp. 18-19 nel quale viene segnalata la *Circolare operativa del Tribunale di Bergamo*, n. 2/16, 3 marzo 2016, in *ODCEC.bg.it - Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Bergamo*, che, secondo un'interpretazione molto rigorosa, riconosce una vera e propria responsabilità rispetto al raggiungimento di tale percentuale, precisando che «il professionista attestatore si deve assumere la responsabilità di attestare che, sulla base di quanto da lui potuto accertare, e salvo il verificarsi di eventi non prevedibili al momento della elaborazione dell'attestazione, detta misura minima effettivamente e concretamente corrisposta ai creditori».

una semplice attestazione di probabilità che consideri lo scenario proposto come verosimile¹⁰⁴.

Per cui tale valutazione, pur rimanendo di tipo prognostico, e quindi per sua natura caratterizzata da un certo margine di incertezza, deve essere il più affidabile possibile, dettagliata e fondata su elementi oggettivamente valutabili, avendo il legislatore richiesto che tale risultato “sia assicurato” dal professionista¹⁰⁵. Da tale attestazione, tenuto conto anche della diversità del controllo per le diverse condizioni di realizzabilità di proposte di tipo liquidatorio rispetto a quelle con continuità aziendale, dipende l'esclusione della legittimazione dei creditori alla presentazione di proposte alternative a quella del debitore.

L'art 161, comma 3 specifica che una relazione, aggiuntiva rispetto a quella predisposta e allegata alla proposta, deve essere presentata al tribunale nel caso di modifiche sostanziali della proposta o del piano. Ai fini dell'applicabilità della norma, e quindi dell'obbligo di una integrazione della relazione, occorre comprendere cosa si intenda per “modifiche sostanziali”. Con tale dizione non sembra volersi individuare ogni semplice variazione della proposta, ma modifiche in grado di alterarne in maniera rilevante i termini, come ad esempio la ricomposizione delle classi o l'inserimento della figura dell'assuntore.

2.5. Il potere di valutazione del Tribunale

Negli anni passati, e ancora oggi, si è dibattuto sull'oggetto del giudizio del tribunale, e soprattutto su dove trovi fine e inizi invece il potere dei creditori di esprimere la propria preferenza rispetto ad una proposta di concordato preventivo. A seguito della presentazione della domanda di concordato preventivo tramite ricorso al tribunale del luogo nel quale l'impresa ha la propria sede principale,

¹⁰⁴ Così G. B. NARDECCHIA, *Le modifiche alla proposta di concordato*, in *Il Caso.it*, 19 ottobre 2015, pp. 23-24; S. AMBROSINI, *op. cit.*, p. 33.

¹⁰⁵ Per una critica alla figura dell'attestatore e all'attestazione così strutturata v. F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. 83/2015, Speciale riforma*, in *Il Civilista Officina del diritto*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 28-29.

questo provvede a controllare il rispetto dei presupposti richiesti dall'art. 160, comma 1 e 2, e dall'art. 161¹⁰⁶.

Tale quesito ha trovato vigore a seguito delle riforme apportate alla disciplina del concordato nel triennio 2005-2007¹⁰⁷, potenziando il principio di autonomia privata fra debitore e creditore al fine di accordarsi sulla composizione della crisi d'impresa, e valorizzando la relazione del professionista per garantire l'ammissibilità e la correttezza della proposta.

Qualora sia prevista la formazione di classi di creditori, il tribunale provvede alla valutazione della correttezza dei criteri di formazione. Si ritiene comunque che il tribunale non possa intervenire e modificare il trattamento o i criteri di formazione delle classi, ma che debba limitarsi a giudicare l'ammissibilità della proposta così come formulata dal debitore.

Il potere di controllo nel merito è stato quindi profondamente ridimensionato e al tribunale non spetta più un giudizio sulla convenienza del concordato per i creditori, ad eccezione del caso espressamente previsto dal legislatore, al comma 4 dell'art. 180 l. fall., di opposizione presentata da creditori dissenzienti che rappresentino il 20% dei crediti ammessi al voto o di un creditore dissenziente appartenente ad una classe dissenziente nel caso in cui sia prevista la suddivisione in classi.

Il controllo di merito del tribunale è diretto non più unicamente verso la proposta, ma anche verso la relazione del professionista.

¹⁰⁶ L'art. 162 al comma 1 consente al tribunale, qualora ritenga la domanda non completa o comunque non chiara, di richiedere al debitore un'integrazione al piano e l'allegazione di nuovi documenti entro un termine non superiore a 15 giorni.

¹⁰⁷ Prima della riforma infatti, nella fase di ammissione alla procedura di concordato preventivo, al tribunale spettavano controlli penetranti sulla sussistenza dei requisiti soggettivi, sul requisito di meritevolezza dell'imprenditore, sulla veridicità della situazione economica prospettata e sulla concreta possibilità di pagare le percentuali proposte ai creditori. A seguito della riforma, la scelta del legislatore di limitare i poteri del tribunale al fine di valorizzare questi meccanismi di autoregolazione ha influenzato anche i controlli di merito del tribunale.

2.5.1. La “causa” del concordato e l’obbligo di soddisfazione dei creditori chirografari

Rispetto al potere del tribunale di giudicare la proposta di concordato, occorre segnalare quanto previsto dal Tribunale di Roma il 16 aprile 2008¹⁰⁸, il quale, con decreto, ha ritenuto inammissibile una domanda di concordato per l’irrisorietà della percentuale di pagamento offerto ai creditori chirografari. Il caso riguarda una società che il 19 febbraio 2008 ha presentato domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo, proponendo ex art. 160, comma 1, lett. a), l. fall. un piano di ristrutturazione dei debiti, senza suddivisione dei creditori in classi, tramite la cessione dei beni del debitore. Tale piano avrebbe garantito il pagamento integrale dei creditori muniti di privilegio, il soddisfacimento dei creditori chirografari in una misura non inferiore allo 0,03% e il pagamento delle spese di procedura. Secondo la relazione giurata di stima del professionista, questa soddisfazione era comunque superiore a quella realizzabile in caso di liquidazione fallimentare della società.

Il tribunale ha dichiarato la proposta inammissibile, nonostante abbia convenuto che il giudizio sulla convenienza della percentuale offerta dal debitore non fosse di propria competenza, essendo tale valutazione di esclusiva spettanza dei creditori che sono chiamati ad esprimersi attraverso la votazione di approvazione della proposta.

Il ragionamento dei giudici muove dall’analisi della proposta in un momento antecedente rispetto a quello del giudizio loro riservato sulla sussistenza dei presupposti. Seppur concorde con i principi generali che regolano il pagamento delle obbligazioni, la corretta qualificazione come pagamento parziale della percentuale dello 0,03% offerta dal debitore è stata valutata dai giudici.

Per rispondere al quesito la corte precisa che occorre innanzitutto comprendere la natura della procedura di concordato preventivo: essa è stata prevista dal legislatore per il debitore in stato di crisi (ma non necessariamente insolvente) al

¹⁰⁸ Trib. Roma, 16 aprile 2008, decreto, in *Dir. fall.*, 2008, II, p. 551, con nota di F. MACARIO, *Nuovo concordato preventivo e (antiche) tecniche di controllo degli atti di autonomia: l’inammissibilità della proposta per mancanza di causa*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, fasc. 6, pp. 736-745; V. PICCININI, *I poteri del tribunale nella fase di ammissione alla procedura di concordato preventivo dopo il “decreto correttivo”*, in *Dir. fall.*, 2008, II, pp. 551-572.

fine di consentirgli il superamento di tale situazione, attraverso un accordo con la maggioranza dei creditori. Il concordato preventivo si conclude con un accordo negoziale tra debitore e la maggioranza creditori, i cui effetti però, a differenza dei tipici contratti, sono destinati a prodursi anche nei confronti dei creditori astenuti e dissenzienti. Tale particolarità è giustificata dalla finalità di questo istituto, ovvero quella di permettere al debitore-imprenditore il superamento dello stato di crisi. Tale procedura sembra quindi essere diretta ad adempiere ad un principio fondamentale costituito da una duplice funzione: il superamento della crisi attraverso la soddisfazione dei creditori. Il Tribunale di Roma, basandosi su questa concezione, ha deciso che il pagamento dello 0,03% non adempia alla soddisfazione dei creditori ritenendo che, nonostante siano ammissibili forme di pagamento parziale dei creditori e non vi siano percentuali minime da garantire, la soddisfazione dei creditori debba essere oggetto di valutazione in termini di “ragionevolezza economica”. Nel caso in esame, i giudici hanno correttamente ritenuto, ad opinione di chi scrive, che tale percentuale, per la sua irrisorietà, equivalesse nella sostanza alla mancanza di un’offerta di pagamento e che quindi la proposta non riuscisse a perseguire la funzione specifica di assicurare una soddisfazione, seppur parziale, ai creditori chirografari.

Il tribunale ha rammentato infatti che la valutazione della causa del contratto attiene ad un momento precedente e ad un soggetto diverso rispetto a quello della valutazione in termini di convenienza della proposta. Non sarebbe corretto rimettere ai creditori la valutazione di fattori posti su un piano diverso rispetto a quello della valutazione della convenienza della proposta ed il tribunale ha ritenuto infatti che spettasse a tale organo l’analisi, della corretta composizione di un negozio giuridico rispetto ai principi che l’ordinamento ha dettato in materia di causa contrattuale.

2.5.2. La sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 1521 del 2013

Sul tema della tipologia di giudizio che spetta al tribunale è intervenuta la sentenza della Cassazione a Sezioni Unite, del 23 gennaio 2013, numero 1521. Tale sentenza, resa ai sensi dell’art. 363 c.p.c., ha specificato innanzitutto la linea

di confine fra autonomia privata e controllo giudiziale nelle varie fasi della menzionata procedura concorsuale, dall'ammissione all'omologazione, dovendosi stabilire fin dove possa spingersi l'intervento del giudice sull'iniziativa del debitore, che è rivolta essenzialmente ai suoi creditori, e soprattutto se (e entro quali limiti) possa avere ad oggetto la "fattibilità" del piano concordatario¹⁰⁹.

La sentenza segue, anche se con qualche differenza, l'orientamento alla base della decisione della Corte di Cassazione con la sentenza del 25 ottobre 2010, numero 21860¹¹⁰, secondo cui il controllo del giudice nella fase di ammissione non si limita ad un mero controllo formale della completezza della documentazione presentata, ma si estende alla verifica della relazione del professionista, accertando che rappresenti ai creditori una situazione aggiornata dell'impresa sotto l'aspetto patrimoniale, economico e finanziario; inoltre essa deve essere corredata da idonea motivazione, al fine di poter consentire ai creditori attraverso una corretta rappresentazione della situazione attuale e delle prospettive future, un esercizio del proprio diritto di voto in maniera informata. Resta comunque riservato esclusivamente ai creditori, i quali si esprimono in sede di approvazione, il giudizio relativo alla fattibilità del piano e alla convenienza della proposta. Secondo tale sentenza il potere di controllo del tribunale riguarda anche la relazione del professionista attestatore¹¹¹, senza sovrapporsi al controllo dell'attestazione di fattibilità effettuata dal professionista, potere che la legge invece riserva al commissario giudiziale e alla sua "contro-relazione".

¹⁰⁹ Così P. F. CENSONI, *I limiti del controllo giudiziale sulla "fattibilità" del concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2013, fasc. 3, II, pp. 343-356.

¹¹⁰ Cass., 25 ottobre 2010, n. 21860, in *Fall.*, 2011, fasc. 2, pp. 167-171; sul tema v. anche M. FABIANI, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in *Fall.*, 2011, fasc. 2, pp. 172-182; più critico invece G. BOZZA, *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo*, in *Fall.*, 2011, fasc. 2, pp. 182-196.

¹¹¹ La sentenza si concentra anche sulla figura del professionista indipendente, affermando inoltre che il professionista pur non essendo un consulente del giudice, come si desume dal fatto che è il debitore a nominarlo, ha le caratteristiche di indipendenza e professionalità idonee a garantire una corretta attuazione del dettato normativo. Da ciò la Corte desume che per la sua figura «[d]eve dunque ritenersi che egli svolga funzioni assimilabili a quelle di un ausiliario del giudice (...) circostanza questa che esclude che destinatari naturali della funzione attestatrice siano soltanto i creditori, viceversa comporta che il giudicante ben possa discostarsi dal relativo giudizio, così come potrebbe fare a fronte di non condivise valutazioni di un suo ausiliario».

Con tale sentenza si aderisce quindi alla concezione del potere del tribunale corrispondente al c.d. controllo di legittimità sostanziale¹¹², individuando una suddivisione delle competenze all'interno della procedura di concordato così strutturata: all'attestatore, in possesso di specifici requisiti di professionalità ed indipendenza, compete la verifica dei dati e il giudizio della fattibilità del piano, con relativa responsabilità nei confronti dei creditori; al tribunale compete la verifica della completezza e della logicità della documentazione (relazione compresa); al commissario giudiziale compete, nella propria relazione e nel parere ex artt. 172 e 180, il controllo di merito sulla relazione e sulla fattibilità del piano per offrire ai creditori un giudizio indipendente e garantire loro una corretta ponderazione del voto.

Per quanto attiene i fatti, la sentenza n. 1521 del 2013 riguarda un giudizio reso dal tribunale di Cosenza, con il quale è stata rigettata la domanda di omologa di un concordato preventivo. La società debitrice aveva presentato una proposta di concordato nel cui piano si stimava di riuscire a pagare integralmente sia i creditori privilegiati che i creditori chirografari, mediante il ricavato della cessione dei beni ai creditori. La relazione del commissario giudiziale depositata ex art. 172 l. fall., segnalava che verosimilmente il ricavato della cessione sarebbe stato sufficiente alla soddisfazione integrale di tutti i creditori privilegiati, mentre sarebbe stata parziale la soddisfazione dei creditori chirografari, stimata nella percentuale del 45% circa dei crediti vantati da questi ultimi. Il concordato, nonostante la valutazione del commissario, veniva approvato dalla maggioranza dei creditori e nella fase di omologazione, nessun creditore aveva proposto opposizione. Il commissario giudiziale, nel parere depositato ex art. 180 nel corso

¹¹²A. CIERVO, *Ancora sul giudizio di fattibilità del piano di concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2015, fasc. 1, II, pp. 58-72 richiamando A. JORIO, *Fattibilità del piano di concordato, autonomia delle parti e poteri del giudice*, in *Giur. comm.*, fasc. 6, 2012, II, pp. 1107-1116 individua tre orientamenti differenti, formati dopo le riforme del triennio 2005-2007, relativi al controllo del tribunale ex art. 162: il primo lo qualifica come un controllo esclusivamente di tipo formale sulla completezza e sulla regolarità della documentazione (c.d. controllo di legalità formale); il secondo ritiene che spetti invece al tribunale il potere di accertare la fattibilità del piano attraverso la verifica della correttezza della relazione del professionista attraverso il confronto di essa con i dati acquisiti direttamente dal giudice (c.d. controllo di merito); il terzo (c.d. controllo di legittimità sostanziale) riteneva che spettasse al professionista l'attestazione della veridicità dei dati aziendali e di fattibilità del piano, ed al tribunale un controllo indiretto, relativo alla completezza, logicità e coerenza della relazione dell'attestatore al fine di garantire ai creditori una decisione consapevole informata.

della fase di omologa, provvedeva ad una correzione della propria valutazione, segnalando che, a seguito di una sottostima del passivo e di una sovrastima dell'attivo, la percentuale di soddisfazione dei creditori sarebbe stata inferiore al 45% prospettato nella propria relazione e pari verosimilmente al 33,56%; per tale motivo il commissario giudiziale ha espresso giudizio negativo rispetto all'omologazione. Il tribunale di Cosenza, in applicazione dell'orientamento che riconosce ad esso un autonomo potere di controllo sulla fattibilità del piano e condividendo i rilievi del commissario giudiziale, ha rigettato la domanda di omologazione. Inoltre il tribunale, su istanza di un creditore, ha dichiarato con separata sentenza l'insolvenza della società e aperto la procedura fallimentare. A sua volta, la società ha impugnato la pronuncia di rigetto e la sentenza dichiarativa di fallimento, che sono stati però entrambi confermati dalla Corte d'Appello di Catanzaro.

I provvedimenti sono quindi stati oggetto di ricorso in Cassazione e, stante la rilevanza della questione dell'estensione del sindacato del tribunale sul concordato preventivo, sulla quale si era già espressa la massima Corte con motivazioni parzialmente contrastanti, sono stati assegnati alle Sezioni Unite che li ha poi riuniti, verificata l'unitarietà sostanziale e processuale della controversia¹¹³.

Per risolvere il quesito relativo ai poteri di controllo del tribunale, ai fini dell'ammissione alla procedura di concordato preventivo, la sentenza del 2013 distingue fra fattibilità e convenienza della proposta di concordato, riservando ai creditori il giudizio relativo alla seconda, ed afferma: «[è] invece più propriamente da ritenere che la fattibilità si traduca in una prognosi circa la possibilità di realizzazione della proposta nei termini prospettati, il che implica una ulteriore distinzione, nell'ambito del generale concetto di fattibilità, fra la fattibilità giuridica e quella economica»¹¹⁴. Quanto alla prima, spetta senza dubbio

¹¹³ C. ALESSI, *Autonomia privata nel concordato preventivo e ruolo del tribunale*, in *Giur. comm.*, 2014, fasc. 3, II, p. 443-457.

¹¹⁴ Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall*, 2013, fasc. 2, p. 151. Per un approfondimento v. nota a sent. M. FABIANI, *La questione "fattibilità" del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite*, in *Fall*, 2013, fasc. 2, pp. 156-168; P. F. CENSONI, *I limiti del controllo giudiziale sulla "fattibilità" del concordato preventivo*, in *Giur. Comm*, 2013, fasc. 3, II, pp. 343-356; A. CIERVO, *Ancora sul giudizio di fattibilità del piano di concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2015, fasc. 1, II, pp. 58-72; G. B. NARDECCHIA, *La fattibilità del*

al tribunale e consiste nel controllo che le modalità attuative della proposta non siano incompatibili con norme inderogabili dell'ordinamento (controllo di fattibilità giuridica del piano). Come metro di valutazione delle modalità di attuazione del piano possono essere utilizzate o le sole norme inderogabili o tutti i profili strettamente giuridici collegati all'esecuzione del piano. La seconda concezione pare preferibile, essendo il controllo del tribunale diretto ad accertare la correttezza del piano di esecuzione della proposta o quantomeno la non manifesta contrarietà con le norme dell'ordinamento.

Maggiori dubbi sussistono sulla fattibilità economica che, essendo legata ad un giudizio prognostico, è per sua natura caratterizzata da un margine di errore. La corte ritiene ragionevole che a farsi carico di tale rischio siano esclusivamente i creditori, una volta che siano stati correttamente informati, ma resta da definire se al tribunale sia preclusa la possibilità di un sindacato qualora verifichi l'assoluta impossibilità di realizzazione. Secondo la corte, non è possibile individuare in astratto i limiti dell'intervento del giudice, e «una corretta configurazione dei margini di intervento del giudice sotto il profilo ora evidenziato presuppone la preventiva individuazione della causa concreta del procedimento di concordato sottoposto al suo esame». Occorre quindi distinguere fra la c.d. causa in astratto e la c.d. causa in concreto.

La causa in astratto del concordato preventivo è individuabile nella composizione dei rispettivi interessi: la regolazione della crisi dell'imprenditore permettendo ove possibile la conservazione dei valori aziendali e il riconoscimento in favore dei creditori di una sia pur minimale soddisfazione del proprio credito in tempi di realizzazione ragionevolmente contenuti. La causa in concreto è invece l'obiettivo

concordato preventivo al vaglio delle Sezioni Unite, in *Dir. fall.*, 2013, II, pp. 185-194; F. DE SANTIS, *Causa «in concreto» della proposta di concordato preventivo e giudizio «permanente» di fattibilità del piano*, in *Fall.*, 2013, fasc. 3, pp. 279-286; I. PAGNI, *Il controllo della fattibilità del piano di concordato preventivo dopo la sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521: la prospettiva «funzionale» aperta dal richiamo alla «causa concreta»*, in *Fall.*, 2013, fasc. 3, pp. 286-290; A. DI MAJO, *Il percorso «lungo» della fattibilità del piano proposto nel concordato*, in *Fall.*, 2013, fasc. 3, pp. 291-293; C. ALESSI, *Autonomia privata nel concordato preventivo e ruolo del tribunale*, in *Giur. comm.*, 2014, fasc. 3, II, p. 443-457; A. DIDONE, *Le sezioni unite e la fattibilità del concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2013, fasc.1, II, p.1- 41.

della specifica proposta del debitore, che si caratterizza per percentuali, tempistiche e modalità soddisfattive¹¹⁵.

Secondo la corte quindi, il giudice valuta la fattibilità economica unicamente nel caso in cui emerga, *prima facie*, l'assoluta inidoneità del piano alla realizzazione della causa in concreto della procedura, qualora questo nella sua specifica strutturazione non garantisca una minima forma di soddisfazione dei creditori, e provvede a dichiarare l'inammissibilità della proposta. In tal caso infatti non vi sarebbe corrispondenza tra la causa in astratto e quella in concreto, mancando la seconda della capacità di soddisfare l'interesse dei creditori.

Ad eccezione di questo caso, il tribunale è escluso dal giudizio sulla fattibilità economica della proposta di concordato, che rimane di competenza esclusiva dei creditori e trova espressione, congiuntamente al giudizio sulla convenienza, nella votazione. Nella valutazione della fattibilità economica i creditori possono contare sull'attestazione del professionista e sulla relazione ex art. 172 del commissario giudiziale, soggetto terzo e imparziale, che ha il compito di valutare la relazione del professionista.

Deve inoltre essere definita la profondità del controllo del tribunale, che può limitarsi alla fase di ammissione o può perdurare per tutta la durata della procedura. La corte riconosce uno stesso potere del tribunale nelle tre diverse fasi dell'ammissione (art. 162 1. fall.), della revoca (art. 173 1. fall.) e dell'omologazione (art. 180 1. fall.). Il controllo esercitato durante la fase di ammissione, attinente anche alla verifica della causa concreta della procedura, può essere ripetuto durante tutto il procedimento e in sede di omologazione; di conseguenza si ritiene che il tribunale possa riesaminare tutte le questioni oggetto del giudizio d'ammissione, oltre ad ogni nuovo elemento sopravvenuto.

La sentenza si è pronunciata anche sulla rilevanza dell'indicazione della misura percentuale della soddisfazione dei creditori nel caso di concordato con cessioni di beni. Sotto il profilo della sua incidenza sul tema della fattibilità, la corte ha precisato: «[a]ltrettanto certamente, al contrario, non rientra nell'ambito del controllo sul giudizio di fattibilità esercitabile dal giudice un sindacato

¹¹⁵ A CIERVO, *op. cit.*, pp. 64-65;

sull'aspetto pratico - economico della proposta, e quindi sulla correttezza della indicazione della misura di soddisfacimento percentuale offerta dal debitore ai creditori. La causa della procedura di concordato sopra richiamata esclude infatti che l'indicazione di una percentuale di soddisfacimento dei creditori da parte del debitore possa in qualche modo incidere sull'ammissione del concordato e d'altro canto, come questa Corte ha pure avuto modo di precisare con recente decisione, quando si tratti di proposta concordatizia con cessione dei beni la percentuale di pagamento eventualmente prospettata non è vincolante, non essendo prescritta da alcuna disposizione la relativa allegazione ed essendo al contrario sufficiente "l'impegno a mettere a disposizione dei creditori i beni dell'imprenditore liberi da vincoli ignoti che ne impediscano la liquidazione o ne alterino apprezzabilmente il valore", salva l'assunzione di una specifica obbligazione in tal senso (C. 11/13817)»¹¹⁶.

La sentenza stabilisce quindi alcuni principi fondamentali in tema di controllo del tribunale: innanzitutto, che il tribunale deve esercitare il controllo per tutta la durata della procedura fermo restando i limiti delle diverse fasi; che il controllo del tribunale sulla relazione del professionista non è un controllo di secondo grado e non si limita alla completezza e alla coerenza ma si esercita direttamente sugli elementi forniti da essa; infine che il controllo di fattibilità giuridica spetta al tribunale mentre la valutazione di convenienza spetta ai creditori.

Per quanto attiene il controllo di fattibilità economica, e nello specifico i confini del tribunale, la sentenza precisa che ad esso è riservato il controllo relativo alla realizzabilità della causa concreta della procedura di concordato, al fine di assicurare l'adempimento della causa, intervenendo nel caso risulti "*prima facie*", l'inidoneità del piano a soddisfare i creditori nel rispetto dei termini di adempimento previsti. La posizione assunta dalla Corte nella sentenza del 2013 è stata ribadita in altre sentenze successive ed in particolare in due sentenze del 2014, la n. 11423 del 22 maggio 2014 e la n. 11497 del 23 maggio 2014. La Corte afferma che le Sezioni Unite ritengono la fattibilità, intesa come una prognosi di concreta realizzabilità del piano concordatario, presupposto necessario per l'ammissibilità del concordato. Il tribunale esercita un controllo "non di secondo

¹¹⁶ Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall*, 2013, fasc. 2, p. 153.

grado” sulla fattibilità, non limitato alla completezza e congruità dell’attestazione del professionista, ma consistente nella verifica diretta del presupposto stesso, distinguendo fra fattibilità giuridica ed economica. Mentre il controllo di fattibilità giuridica non trova particolari limiti, quello di fattibilità economica deve essere circoscritto a verifica della sussistenza di un’assoluta, “manifesta non attitudine” del piano (nella sentenze del 2013, si parla di inidoneità *prima facie*) presentato dal debitore a realizzare la causa concreta del concordato. La Corte in entrambe le decisioni, anche se con qualche differenza, ha cassato le sentenze ritenendo la valutazione della Corte d’appello, non attinente ai criteri delle Sezioni Unite, in quanto gli elementi alla base della decisione d’inammissibilità della proposta non configurano ragioni d’incompatibilità del piano con le norme inderogabili e quindi un difetto di fattibilità giuridica, ma consistono in valutazioni opinabili attinenti alla fattibilità economica non in grado di costituire un’ipotesi di manifesta inettitudine del piano. Anche successivamente alle novità apportate dalla riforma del 2015 e all’introduzione della soglia minima, tale orientamento è stato ribadito dalla Corte¹¹⁷.

2.5.3. La percentuale minima ammissibile nella giurisprudenza ante riforma

Benché la questione della soddisfazione minima possa sembrare attenersi esclusivamente al profilo della valutazione della convenienza, e che debba quindi essere riservata ai creditori nell’esercizio del proprio diritto di voto relativo all’approvazione, ad un’analisi più attenta si rileva una maggiore complessità della questione.

Compito del giudice infatti, come ampiamente specificato, è quello di valutare al momento della presentazione della domanda e per il resto della procedura la sussistenza di tutti i presupposti indicati all’art. 162, ma anche di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie richiesti della legge, intervenendo qualora riscontri la “manifesta inattitudine” del piano alla realizzazione della proposta.

¹¹⁷ Fra le altre v. Cass., 12 giugno 2016, n. 12964, in *IlCodiceDeiConcordati.it*

In una serie di sentenze successive alla sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 2013, ma precedenti all'introduzione della soglia minima di soddisfazione si è cercato di individuare il valore della percentuale minima. Seguendo il percorso logico precedentemente utilizzato dal Tribunale di Roma col decreto del 16 aprile 2008. Le decisioni del Tribunale di Padova del 6 marzo 2014, del Tribunale di Palermo del 4 giugno 2014, del Tribunale di Modena del 3 settembre 2014 e del Tribunale di Bergamo del 4 dicembre 2014 sono intervenute in merito alla percentuale di soddisfazione da garantire ai creditori chirografari. Le decisioni in commento si sono interrogate su quale fosse il *quantum* di soddisfazione per poter ritenere adempiuta la causa della procedura ma non si è giunti all'individuazione di una percentuale fissa, anche a causa dell'assenza di una disposizione su tal punto fino alla novella del 2015, per cui si è ritenuto che dovesse essere rimessa alla discrezionalità del giudice chiamato a valutarla, in base alle circostanze del singolo caso. Il Tribunale di Padova ha dichiarato l'inammissibilità di una proposta che prevedeva pagamenti parziali ai creditori chirografari nella misura rispettivamente del 4,08% e dell'1% dei loro crediti, ritenendo che tali percentuali non soddisfacessero la causa concreta del concordato. Tuttavia, non ha individuato quale debba essere la quota minima di soddisfazione dei creditori chirografari, specificando che «tale “nuova” proposta presenta aspetti di inammissibilità/fattibilità giuridica del concordato sotto il profilo della realizzabilità della c.d. “causa concreta”, da intendersi come obiettivo specifico perseguito dal procedimento che, pur dipendente dal tipo di proposta di volta in volta formulata, rimane comunque inserito nel generale quadro di riferimento finalizzato, da un lato, al superamento della situazione di crisi dell'imprenditore, e dall'altro, all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pure ipoteticamente modesto e parziale, ma in ogni caso non irrisorio, dei creditori»¹¹⁸.

Il Tribunale di Modena con la decisione del 3 settembre, non soltanto esclude l'ammissibilità di una proposta nella quale viene prospettata una soddisfazione dei creditori chirografari nella misura del 3,1%, ma si preoccupa anche di individuare la soglia al di sotto della quale la soddisfazione debba essere considerata irrisoria,

¹¹⁸ Trib. Padova, 6 marzo 2014, decreto, in *Il Caso.it*.

determinando il venir meno della causa della procedura. Il tribunale nella decisione ha precisato «[r]itiene il Collegio di dover quantificare tale misura nel 5%, apparendo una percentuale inferiore non già minimale ma sostanzialmente irrisoria e tale da non poter giustificare l'accesso ad un istituto alternativo alla procedura fallimentare e che deve essere necessariamente caratterizzato da limitazioni in tema di modalità soddisfattive idonee a garantire un minimo di tutela alla minoranza dissenziente»¹¹⁹.

Nella stessa direzione, seppur individuando una percentuale diversa, si è pronunciato il Tribunale di Bergamo che in data 4 dicembre 2014 ha stabilito «anche limitandosi a considerare realizzabile la proposta della debitrice, che indica nel 2,77% la percentuale orientativa di soddisfacimento del ceto creditorio chirografario, essa va considerata giuridicamente inammissibile in sé, in quanto al di sotto di quella soglia minima, che il tribunale ritiene di poter individuare nel 3%, che consente di ritenere apprezzabile ed effettivo il soddisfacimento dei creditori. Una percentuale inferiore alla soglia del 3%, infatti, va considerata nella sostanza irrisoria e quindi *tamquam non esset*. La proposta in esame, quindi, è del tutto inidonea a garantire, da un lato la realizzazione della causa, intesa come funzione economica, del concordato, dall'altro il riconoscimento al debitore del beneficio della liquidazione concorsuale del suo patrimonio con lo strumento, alternativo al fallimento, del concordato preventivo»¹²⁰.

In senso contrario rispetto alle precedenti decisioni si pone invece la pronuncia del 4 giugno 2014 del Tribunale di Palermo che ha statuito «legittima appare la modesta percentuale di soddisfacimento proposta per i creditori chirografari e privilegiati in tutto o in parte incapienti (3%), tenuto conto che, per un verso, il patrimonio di ogni singola società ed impresa viene interamente destinato al soddisfacimento dei rispettivi creditori privilegiati nei limiti di capienza dei beni

¹¹⁹ Trib. Modena, sez. I, 3 settembre 2014, decreto, in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, 2014, fasc. 4, pp. 749-750 con nota F. CASSESE, *Percentuale di soddisfo dei creditori chirografari nella procedura di concordato preventivo*, in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, 2014, fasc. 4, pp. 751-754.

¹²⁰ Trib. Bergamo, sez. II, 4 dicembre 2014, decreto, in *Giur. comm.*, 2015, fasc. 4, II, p. 835 con nota G. MILANO, *La proposta di concordato preventivo con percentuale irrisoria*, in *Giur. comm.*, 2015, fasc. 4, II, pp. 839-848, il quale sembra spostare la causa della procedura valorizzando e concentrando l'attenzione sulla regolazione della crisi rispetto all'interesse proprio del creditori, ovvero quello della loro soddisfazione.

oggetto della garanzia, rispettandosi quindi l'ordine legale delle cause di prelazione riferite ad ogni impresa del gruppo, e, per altro verso, che i creditori chirografari e privilegiati in tutto o in parte incapienti, nell'alternativa ipotesi fallimentare, non riceverebbero alcun soddisfacimento»¹²¹.

Dalle sentenze si riscontra che precedentemente alla riforma la valutazione della soddisfazione minima aveva un andamento oscillatorio, caratterizzato dal maggiore o minore rigore che la singola corte voleva dare all'istituto. La decisione del Tribunale di Palermo prospetta però una chiave di lettura diversa, secondo la quale la soddisfazione dei creditori, seppur minimale, non andrebbe valutata in termini assoluti, ma dovrebbe essere oggetto di una valutazione comparatistica, ritenendo di conseguenza valida sotto il profilo causale qualsiasi proposta che contenga una soddisfazione più vantaggiosa rispetto all'ipotesi fallimentare. Tale valutazione di logica funzionale, condivisibile prima dell'introduzione della soglia minima, non pare oggi più percorribile.

2.5.4. La giurisprudenza post riforma

La scelta del legislatore di reintrodurre una percentuale minima di soddisfazione ha innanzitutto il grande pregio di aver risolto la diatriba nata in giurisprudenza su quale dovesse essere la soglia minima complessiva ai fini della soddisfazione della causa della procedura di concordato.

È tuttavia rimasto aperto il dibattito su quello che debba essere il potere di valutazione del tribunale. Questo, assistito dalla relazione e dal parere del commissario giudiziale, è chiamato a pronunciarsi sull'ammissibilità della proposta e sulla fattibilità del piano, in sede di ammissione e fino all'omologazione, valutando la documentazione e la relazione presentata dal debitore. La giurisprudenza si divide tuttora, fra chi, la Cassazione *in primis* come sostiene e ribadisce da anni, ritiene che il controllo del tribunale debba restare limitato alla fattibilità giuridica, circoscrivendo la possibilità di estenderlo alla fattibilità economica, esclusivamente nel caso di manifesta inattitudine del piano presentato dal debitore a realizzare la causa concreta¹²², e chi ritiene invece, parte

¹²¹ Trib. Palermo, sez. IV, 4 giugno 2014, decreto, in *Giur. comm.*, 2015, fasc. 4, II, pp. 836-839.

¹²² Cass., Sez. I, 23 maggio 2014, n. 11497.

minoritaria della giurisprudenza, che il potere del tribunale riguardi la fattibilità nel suo complesso, fermo restando il potere dei creditori di valutare la convenienza della proposta.

A favore di questa seconda concezione, è recentemente intervenuta la sentenza della Corte d'appello di Firenze, del 6 dicembre 2016, n. 2023.

Per quanto attiene ai fatti, la sentenza riguarda una società per azioni in liquidazione che aveva presentato reclamo al tribunale contro la sentenza di primo grado che aveva dichiarato inammissibile la domanda di concordato preventivo per insufficienza della relazione del professionista. Nello specifico era stata segnalata la mancanza di interessati e l'assenza, in termini di ragionevole certezza, di concreti criteri di valutazione relativi alla capacità di vendere l'immobile industriale al prezzo (5.000.000 euro) sufficiente a garantire la soddisfazione minima del 20% dei creditori chirografari. Contestualmente a tale decisione il tribunale, su istanza del Pubblico Ministero, ha dichiarato il fallimento della società.

Contro tale decisione, la società ha presentato ricorso alla Corte di Appello di Firenze, contestando l'istanza di fallimento del P.M. e il decreto d'inammissibilità del tribunale. Il ricorrente ha ritenuto che la valutazione del tribunale si fosse estesa oltre ai limiti propri di controllo riconosciutigli dalla legge, andando a valutare la fattibilità economica del piano.

I giudici, non condividendo tale ricostruzione, dopo aver criticato la relazione dell'attestatore per non aver dato solido fondamento a quanto attestato, hanno segnalato, in relazione ai poteri del tribunale: «secondo la corte non è dubbio che la recente modifica introdotta con l'ultimo comma dell'art. 160 l. f. (applicabile nella fattispecie) ha inteso rendere più concreto e approfondito il controllo del tribunale sui requisiti di fattibilità economica del piano concordatario, reintroducendo anzitutto una percentuale minima di soddisfazione dei chirografari per le ipotesi di concordato liquidatorio; e precisando che la proposta deve "assicurare" tale risultato minimo. Non è ardito rintracciare in tali modifiche un motivato ritorno alla previsione dell'art. 160 comma 2 n. 2 ante riforma, ove si prevedeva che il giudice potesse "fondatamente ritenere" che si potesse raggiungere la soddisfazione dei creditori nella percentuale minima allora indicata

nel 40%. Addirittura si può affermare come più stringente di allora il requisito del controllo di fattibilità, laddove si vuole sia “assicurato” e non solo “fondatamente prevedibile” il pagamento della ridetta percentuale minima del 20%. Deve dunque ricevere ulteriore e più convinta adesione il superamento della distinzione fra fattibilità giuridica ed economica, con preferenza esclusiva alla seconda, che già questa Corte ha avuto modo di sottoporre a critica in precedenti decisioni»¹²³.

La previsione della soglia minima di soddisfazione e la necessità per la proposta di “assicurare” tale percentuale sono quindi state interpretate dai giudici come una chiara volontà del legislatore di attribuire al tribunale il dovere di estendere la propria valutazione anche alla fattibilità economica. Diversamente da quanto previsto dalla sentenze delle S.U. e confermato da altre pronunce della Corte¹²⁴, ai creditori non spetta più il giudizio sulla fattibilità economica, ma unicamente la valutazione della convenienza della proposta. Al tribunale invece spetta il giudizio completo sulla fattibilità, riguardante sia la verifica della compatibilità del piano con le norme inderogabili, sia la valutazione dell’effettiva capacità del piano, così come strutturato, di portarsi a compimento e di riuscire ad adempiere alla prospettiva di soddisfazione oggetto della proposta del debitore. La corte parte dal presupposto che la locuzione “fattibilità giuridica” non si trovi nella legge e sia frutto unicamente di una ricostruzione dell’interprete al fine di sottrarre al tribunale il giudizio sulla fattibilità economica della proposta. La divisione del concetto di per sé unitario di fattibilità, in giuridica ed economica, risulta quindi una forzatura. La valutazione del tribunale deve consentire ai creditori di esprimere il proprio voto su una proposta che sia effettivamente realizzabile. Sarebbe poco sensato far esprimere i creditori rispetto alla convenienza di un piano in teoria molto conveniente che non sia però attuabile in pratica, così come sarebbe insensato omologarlo. I giudici precisano che, nonostante siano stati privati del potere di valutare d’ufficio la convenienza, rientra nel loro potere il controllo sulla fattibilità del piano al fine di consentire ai creditori di esprimere il voto sulla convenienza di una proposta effettivamente realizzabile. Sul diverso

¹²³ Corte di Appello di Firenze, 6 dicembre 2016, n. 2023, in *Il Caso.it*, pp. 3-4.

¹²⁴ Cass., Sez. I, 23 maggio 2014, n. 11497, in *Fall.*, 2015, fasc. 4, p. 497, con nota di A. DI IULIO, *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità economica del piano e sulla causa in concreto del concordato preventivo*, in *GiustiziaCivile.com*, 23 marzo 2015; Cass., 30 aprile 2014, n. 9541. In *Il Caso.it*, Sez. Giurisprudenza, 10490, 4 maggio 2015.

controllo di fattibilità e convenienza la corte segnala: «la fattibilità non afferisce in prima battuta alla convenienza, afferisce anzitutto alla probabilità di adempimento della proposta. Sarebbe assurdo omologare un concordato che, sebbene conveniente a parole, non sia in grado di tradurre le promesse in fatti, anche se i creditori se ne disinteressano. Onde evitare che questo accada, dopo aver concesso in massimo spazio all'autonomia contrattuale nella fase genetica del patto concordatario, la legge lascia al tribunale un potere residuale di blocco in prospettiva funzionale. La sovranità dei creditori nella stima della convenienza idealmente non confligge col potere del giudice di fermare un concordato non seriamente eseguibile: se sta bene ai creditori, nulla osta ad ammettere un proposta poco conveniente, purché sia almeno fattibile»¹²⁵. La sentenza della Corte, ha previsto che durante il giudizio di omologazione il controllo del tribunale debba riguardare le effettive possibilità di adempimento della proposta, evitando così di omologare proposte dilatorie. Rispetto al dovere del tribunale e all'art. 180, precisa che la norma, laddove al comma quarto, consente ai creditori dissenzienti di contestare il piano solo in punto di “convenienza”, presuppone che la fattibilità sia garantita dal controllo del giudice.

La corte ha riconosciuto che il potere di controllo del tribunale, a seguito dell'introduzione della soglia minima, si debba estendere alla valutazione della fattibilità economica, superando così la distinzione tra fattibilità giuridica ed economica operata dalla decisione delle S.U. della Corte di Cassazione n. 1521 del 2013.

La ricostruzione del Tribunale, recuperando un assetto dei poteri simile a quello tracciato dal Tribunale di Roma nel 2008, esclude che a seguito della riforma del 2015 il controllo di fattibilità del tribunale debba essere limitato al caso di manifesta non attitudine e che il concetto di fattibilità sia uno e uno soltanto, il cui controllo spetta al tribunale. Tale ricostruzione, pur rappresentando una forzatura rispetto a quanto affermato in questi anni dalla Cassazione, avrebbe il grande pregio di superare la criticata distinzione tra fattibilità economica e giuridica. Con tale potere il tribunale si fa pienamente garante anche del rispetto dello scopo essenziale della procedura concordataria, fermando quelle proposte di concordato

¹²⁵ Corte di Appello di Firenze, 6 dicembre 2016, n. 2023, in *Il Caso.it*, p. 7.

che, non riuscendo a garantire serie prospettive di adempimento, non consentono la composizione della crisi d'impresa, permettendo al creditore di esprimere il proprio voto con una maggiore tranquillità rispetto all'effettivo esito della proposta, senza essere privato del potere di valutarne la convenienza. Resta da capire rispetto a questa concezione, quale sia la posizione che il tribunale debba prendere nel caso in cui, anche a seguito della valutazione di fattibilità della corte, essa e/o la percentuale indicata rimangono non propriamente certa. In tali casi, ad opinione di chi scrive, il giudice dovrebbe ammettere il debitore alla procedura, eventualmente segnalando le perplessità, rimettendo ai creditori la decisione sulla proposta.

Ciò detto, resta da segnalare che la Cassazione, anche recentemente, ha ribadito che il controllo del tribunale «sulla fattibilità economica - intesa come realizzabilità nei fatti della proposta concordataria - va svolto solo nei limiti di una assoluta manifesta inettitudine del piano presentato dal debitore a raggiungere gli obiettivi prefissati»¹²⁶.

2.5.5. La percentuale per l'inammissibilità delle proposte concorrenti ex art. 163

Con il quinto comma dell'art. 163, introdotto dal d.l. 83/2015, è stata prevista una nuova percentuale per l'inammissibilità di proposte concorrenti (due in realtà, differenziando tra concordato liquidatorio e con continuità). Tale percentuale però, a differenza della percentuale di soddisfazione minima, non è obbligatoria per il debitore, ma collegata al nuovo potere dei creditori di presentare proposte concorrenti. La norma precisa che le proposte di concordato concorrenti non sono ammissibili se nella relazione di cui all'articolo 161, terzo comma, il professionista attesta che la proposta di concordato del debitore assicura il pagamento di almeno il quaranta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari per il caso del concordato liquidatorio.

¹²⁶ Fra le altre, recentemente v. Cass., 9 agosto 2016, n. 16830, in materiali del *Corso di perfezionamento "Il nuovo diritto fallimentare", Le soluzioni negoziali della crisi d'impresa fra presente e futuro*, 9 e 23 febbraio 2017, direzione scientifica I. PAGNI e L. STANGHELLINI, Università degli Studi di Firenze, pp. II- 472-476.

Con tale norma il legislatore ha cercato di limitare la presentazione di proposte al ribasso da parte del debitore e di indurlo a raggiungere tale percentuale di soddisfazione dei creditori chirografari, eventualmente anche con il ricorso a finanza esterna, al fine di non incorrere nel rischio di proposte concorrenti alla propria alterando così le modalità di regolazione dello stato di crisi.

Per la presentazione di proposte concorrenti, resta ferma la necessità di una preventiva richiesta di accesso al concordato da parte del debitore, potendo i creditori presentare unicamente proposte alternative strutturate sui rispettivi piani, e non autonome domande di concordato preventivo.

Parte della dottrina, dal differente richiamo fatto dall'art. 163 comma 5 alla relazione del professionista, e non direttamente alla proposta, come invece avviene per la percentuale del 20% nell'art. 160, comma 4, assolve il debitore da un ulteriore obbligo verso il raggiungimento di tale percentuale. Ritiene che ai fini dell'esclusione dell'ammissibilità di proposte concorrenti, sia sufficiente che il debitore prospetti il pagamento del 40% ai creditori chirografari, e che il professionista lo attesti¹²⁷. Di conseguenza, il debitore riuscirebbe ad evitare le proposte concorrenti, vincolandosi però soltanto nei limiti del 20% e il parametro per valutare la gravità dell'inadempimento ai fini della risoluzione sarebbe sempre quello minimo del 20%. Tale interpretazione, ad opinione di chi scrive, non sembra da condividere.

Occorre segnalare che il disegno di legge elaborato dalla Commissione Rordorf presentato alla Camera nel giugno 2016 non soltanto manteneva le proposte concorrenti, ma introduceva anche al lett. b) dell'art. 6 primo comma, la legittimazione dei creditori a promuovere il procedimento nei confronti del debitore che versi in stato di insolvenza e non di mera crisi. Tuttavia in data 1 febbraio 2017, in sede di approvazione il d.d.l. è stato soggetto di emendamento che ha portato all'abolizione della lettera b) del primo comma.

¹²⁷ Così G. B. NARDECCHIA, *Le modifiche alla proposta di concordato*, in *Il Caso.it*, 19 ottobre 2015, p. 22.

2.6. Il controllo del commissario giudiziale

Negli ultimi anni si è assistito ad un accrescimento del ruolo del commissario giudiziale. Con la riforma del 2013, al tribunale è stata attribuita la possibilità di nominare il commissario giudiziale anche durante fase del concordato con riserva, sia con funzioni di vigilanza direttamente riferibili al tribunale, come quelle fondamentali previste dall'art. 173 l. fall., sia con funzioni di consulenza, tramite pareri sulle autorizzazioni richieste dal debitore relative ad atti urgenti di straordinaria amministrazione¹²⁸.

Il commissario¹²⁹ è l'organo cui è affidato il compito di garantire che i dati sottoposti alla valutazione dei creditori siano corretti, completi e veritieri, mettendo così in condizione i creditori di esprimere il c.d. consenso informato, non alterato da una errata ricostruzione della realtà e dei dati aziendali¹³⁰.

Il commissario giudiziale redige l'inventario del patrimonio del debitore, con l'eventuale ausilio di uno stimatore nominato dal tribunale per la valutazione dei beni, e una relazione particolareggiata sulle cause del dissesto, sulla condotta del debitore, sulle proposte di concordato e sulle garanzie offerte ai creditori. La consistenza patrimoniale forma un elemento essenziale ai fini della valutazione di veridicità e della fattibilità del piano contenute nella relazione ex art. 172 l. fall. e svolge un ruolo fondamentale nella determinazione della soddisfazione minima. Rispetto alla soddisfazione minima, la relazione del commissario costituisce uno strumento importante di assistenza ai creditori al fine dell'esercizio del diritto di voto sulla proposta e svolge la funzione di "contro-relazione" a quella del professionista indipendente nominato dal debitore, accertando la correttezza e l'esattezza dei dati riportati e prendendo una posizione sulla realizzabilità della soddisfazione dei creditori, così come prospettata dalla proposta e dal piano.

¹²⁸ Per un approfondimento sul tema v. D. FINARDI, *La riforma del 2015 del concordato preventivo e la figura del commissario giudiziale*, in *Dir. fall.*, 2016, fasc. 2, I, pp. 487-506.

¹²⁹ Sulla figura del commissario giudiziale v. P. F. CENSONI, *Ruolo e responsabilità del commissario giudiziale del concordato preventivo dopo le recenti modifiche della legge fallimentare e nella prospettiva della futura riforma*, in *Il Caso.it*, 7 luglio 2016.

¹³⁰ Un ulteriore compito del commissario nei confronti dei creditori viene individuato dall'art. 179, comma 2 dove si prevede il dovere di dare avviso ai creditori nel caso siano rilevati mutamenti delle condizioni di fattibilità del piano, al fine di garantire loro la possibilità di modificare il proprio voto attraverso la costituzione del giudizio di omologazione.

Al fine di garantire una chiara ricostruzione della situazione e della proposta, in sede di conversione del decreto del 2015 è stato previsto che la relazione particolareggiata del commissario debba contenere anche l'indicazione dell'utilità che potrebbe derivare ai creditori nell'alternativa fallimentare¹³¹.

La relazione costituisce inoltre uno strumento di ausilio del giudice, per la valutazione di fattibilità del piano. Consentendogli di assumere ulteriori informazioni e di accertare la permanenza dei presupposti di ammissibilità, aprendo eventualmente il procedimento di revoca previsto dall'art. 173 l. fall. per mancanza delle condizioni prescritte per l'ammissione del concordato.

Il giudizio del commissario attiene anche alla verifica della fattibilità del piano e di conseguenza, *in primis*, all'idoneità di esso a garantire la percentuale minima del 20 % ai creditori chirografari¹³². Per adempiere a tale attività egli deve valutare nel dettaglio la relazione dell'attestatore, rilevando eventuali fatti idonei ad incidere sulla realizzazione della proposta già presenti al momento della relazione o intervenuti successivamente ad essa¹³³, permettendo al debitore una eventuale riformulazione della stessa. Il commissario giudiziale, nella propria relazione deve valutare anche le eventuali proposte concorrenti presentate dai creditori, esprimendo un giudizio non soltanto sulla convenienza, ma anche sulle concrete possibilità di realizzazione delle stesse, soprattutto qualora esse, più che per individuare una maggiore capacità di soddisfazione, si differenzino da quella del debitore per le modalità di attuazione.

Il commissario giudiziale deve inoltre presentare al tribunale il proprio parere almeno 10 giorni prima dell'udienza ex art. 180, comma 1 per l'omologazione del concordato preventivo. Essendo un parere motivato e non una relazione, il commissario giudiziale deve prendere posizione sulla proposta di concordato così come strutturata secondo il piano, segnalando gli eventuali fatti successivi che

¹³¹ Cfr. D. FINARDI, *op. cit.*, pp. 498-499.

¹³² SPADARO M., *Sub Artt. 172*, in *La nuova riforma del diritto concorsuale, Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015*, Giappichelli, 2015, Torino, pp. 242-243.

¹³³ Una relazione integrativa deve essere redatta dal commissario, qualora essa sia già stata presentata, ma emergano informazioni che i creditori devono conoscere ai fini dell'espressione del voto, sia qualora intervengano proposte concorrenti, per le quali deve essere eseguita una comparazione fra le proposte depositate.

possano incidere sulla fattibilità del piano e argomentando le ragioni del proprio orientamento. Tale parere non sembra comunque in grado di andare a contraddire il voto espresso dai creditori ai fini dell'omologazione, ad eccezione del caso in cui il parere segnali fatti idonei a determinare un intervento del tribunale collegato alla mancata o al venir meno della regolarità della procedura.

Per quanto riguarda i poteri di vigilanza, il commissario giudiziale, durante tutto il corso del procedimento, deve verificare che il debitore non compia atti di frode nei confronti dei creditori o atti di straordinaria amministrazione non autorizzati e, qualora accerti uno di essi, deve riferirne immediatamente al tribunale ai fini dell'apertura d'ufficio del procedimento di revoca di cui all'art. 173 l. fall.

2.7. Votazione, omologazione e revoca

L'art. 175 l. fall. prevede che durante l'adunanza dei creditori, il commissario giudiziale provveda all'illustrazione della sua relazione, della proposta definitiva del debitore e delle eventuali proposte concorrenti. È inoltre prevista la possibilità per i creditori di ottenere chiarimenti e informazioni dal commissario¹³⁴.

La legittimazione al voto spetta a tutti i creditori chirografari e a tutti i creditori privilegiati ai quali la proposta non garantisca una soddisfazione integrale per incapienza del bene oggetto della garanzia o per rinuncia espressa degli stessi, unicamente per la parte del credito degradato a chirografario, a cui si aggiungano gli eventuali creditori titolari di pegno, ipoteca o privilegio per i quali è stata prevista una soddisfazione integrale ma dilazionata.

In relazione al meccanismo di voto, la disciplina prevede che dopo l'esposizione del commissario giudiziale si provveda alla votazione, partendo dalla proposta del debitore e passando successivamente, qualora vi siano, alle proposte dei creditori in ordine di deposito. I creditori con voto possono quindi esprimere il proprio

¹³⁴ Successivamente all'illustrazione da parte del commissario, è prevista la fase di discussione in cui ciascun creditore può sollevare contestazioni relative all'ammissibilità o alla convenienza della proposta del debitore, e il debitore a sua volta può replicare esprimendo le proprie ragioni. Al termine della discussione, il giudice è chiamato a risolvere le contestazioni e stabilire, ai soli fini del voto, quali creditori e in quale misura essi siano ammessi alla successiva votazione. Sul tema v. M. SPADARO, *Sub Art. 175*, in *La nuova riforma del diritto concorsuale, Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015*, Giappichelli, 2015, Torino, pp. 252-253.

giudizio in ordine alla convenienza della proposta, alle eventuali proposte concorrenti, negando l'approvazione qualora mantengano dubbi sulla probabilità di realizzo o non la ritengano più conveniente dell'alternativa fallimentare¹³⁵.

Ai fini dell'approvazione, se la proposta non prevede la suddivisione in classi, è sufficiente il consenso dei creditori che rappresentino la maggioranza assoluta, non per teste, ma in rapporto al capitale. Nel caso in cui la proposta preveda la costituzione di classi sono invece necessarie sia la maggioranza per capitale che quella per classi. L'art. 177 comma 1, in relazione alle eventuali proposte concorrenti, prevede che qualora siano sottoposte al voto più proposte di concordato, si consideri approvata la proposta che ha conseguito la maggioranza più elevata dei crediti ammessi al voto; in caso di parità prevale quella del debitore o, in caso di parità fra proposte di creditori, quella presentata per prima. Viceversa, quando nessuna delle proposte poste al voto sia stata approvata con le maggioranze richieste, il giudice delegato, con decreto da adottare entro trenta giorni, rimette al voto la sola proposta che abbia conseguito la maggioranza relativa dei crediti ammessi al voto.

La miniriforma del 2015, e nello specifico la legge di conversione, ha previsto l'abolizione del meccanismo del silenzio-assenso, ripristinando il previgente sistema del silenzio-dissenso, richiedendo quindi che il voto favorevole sia esplicitato durante la votazione o nei giorni successivi secondo le modalità ex art. 178 l. fall¹³⁶.

La dottrina non è in totale accordo sul giudizio da attribuire a tale modifica¹³⁷, ma sono tutti concordi nel rilevare che l'abolizione del silenzio-assenso comporti una riduzione del numero di concordati preventivi approvati.

¹³⁵Sul tema v. G. BOZZA, *Brevi considerazioni su alcune norme della ultima riforma*, in *FallimentieSocietà.it*, p. 17-18.

¹³⁶I creditori che non hanno esercitato il proprio diritto di voto possono farlo nei 20 giorni successivi alla votazione attraverso telegramma, lettera, telefax o posta elettronica e, qualora non vi provvedano, il loro voto sarà considerato come un dissenso.

¹³⁷Per un giudizio favore sull'abolizione del silenzio-assenso e la reintroduzione del silenzio-dissenso v. F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il "Decreto sviluppo"*, Speciale riforma, in *Il Civilista Officina del diritto*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 40 che parla di "un fortunato ritorno alla ragione", di avviso contrario invece L. A. BOTTAI e M. SPADARO, *Sub Art. 178*, in *La nuova riforma del diritto concorsuale, Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015*, Giappichelli, 2015, Torino,, pp. 270-273.

La scelta è condivisa da chi scrive poiché permette di porre fine alla tacita approvazione di concordati che, si concludevano spesso con il pagamento di percentuali minime grazie al meccanismo del silenzio-assenso, trasferendo con troppa facilità il costo della crisi ai creditori, con il rischio di propagazione dell'insolvenza. La reintroduzione del silenzio-dissenso impone quantomeno che tale risultato provenga da una loro scelta esplicita¹³⁸.

Dopo l'approvazione della proposta di concordato, il giudice delegato ai sensi dell'art. 180 l. fall., riferisce al tribunale, il quale fissa per l'omologazione, un'udienza in camera di consiglio per la comparizione delle parti e del commissario giudiziale¹³⁹.

Se in udienza non sono proposte opposizioni dai creditori, il tribunale, verificata la regolarità della procedura e l'esito della votazione, omologa il concordato con decreto motivato non soggetto a gravame.

Se invece i creditori propongono opposizione, il tribunale assume i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, anche con l'ausilio di uno dei componenti del collegio. Resta comunque la possibilità del tribunale, nel caso in cui l'opposizione sia proposta dal 20% dei creditori nel concordato preventivo senza classi o da parte di un creditore appartenente ad una classe dissenziente nel concordato con suddivisione in classi, di procedere all'omologazione della proposta qualora ritenga che il credito risulti soddisfatto in maniera non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili, cioè solitamente il fallimento (c.d. *cram down*).

La sentenza delle Sezioni Unite n. 1521 del 2013, ha riconosciuto che il potere del tribunale di valutare la proposta trova uguale espressione per tutta la procedura e si ritiene tuttora che per tutta la procedura, anche durante il giudizio di omologazione possa riscontare la mancanza dei presupposti d'ammissibilità, negando l'omologazione. La quale potrà essere conseguenza di questioni

¹³⁸ Sul tema v. M. BIANCA, *La nuova disciplina del concordato e degli accordi di regolazione della crisi: accentuazione dei profili negoziali*, in *Dir. fall.*, 2015, fasc. 6, I, pp. 529-544.

¹³⁹ L'art. 181 l. fall., dopo le novità del 2015, richiede che l'omologazione intervenga non più entro sei mesi, ma entro nove mesi dalla presentazione della domanda di concordato preventivo con ricorso, con una sola possibilità di proroga di 60 giorni. Tuttavia tale termine non è ritenuto perentorio e quindi, seppur teoricamente idoneo a limitare l'eccessivo ritardo nella soddisfazione dei creditori, nella pratica risultano frequenti le sue violazioni.

intervenute successivamente all'ammissione o precedenti di cui il tribunale non era a conoscenza. L'orientamento delle S. U.¹⁴⁰ è stato ribadito dalla Cassazione anche nella sentenza del 4 maggio 2016, n. 8799, dove si è precisato che il controllo del tribunale, anche in sede di omologazione, deve riguardare la verifica dell'idoneità della documentazione prodotta a consentire una corretta informazione dei creditori alla fine dell'espressione del voto, la fattibilità giuridica della proposta e l'effettiva idoneità della proposta ad assicurare la soddisfazione della causa concreta della procedura¹⁴¹.

A seguito dell'omologazione, la procedura di concordato preventivo si chiude ed inizia la cosiddetta fase esecutiva. Il concordato, ai sensi dell'art. 184 l. fall., diventa obbligatorio per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione della domanda nel registro delle imprese e, in base a quanto previsto dall'art. 185, al commissario giudiziale spetta il dovere di sorvegliarne l'adempimento da parte del debitore, comunicando al giudice ogni fatto dal quale possa derivare un pregiudizio ai creditori.

Ad eccezione del caso in cui la proposta omologata preveda espressamente la liberazione immediata del debitore, solo tramite il giudizio di omologazione e la successiva esecuzione si produce l'effetto esdebitativo e il ritorno *in bonis* dell'imprenditore¹⁴².

Per la revoca, l'art. 173 l. fall., non toccato dalla riforma del 2015, disciplina l'ipotesi d'interruzione della procedura del concordato preventivo, individuando una serie di fattispecie che comportano la revoca¹⁴³.

¹⁴⁰ Specificato nella sentenza n. 13083 del 27 maggio 2013, in *ItalgireWeb*.

¹⁴¹ Cass., 4 maggio 2016, n. 8799, nello stesso senso v. Cass., 12 giugno 2016, n. 12964, entrambe in *IlCodiceDeiConcordati.it*.

¹⁴² Anche se prima dell'introduzione della percentuale minima e del conseguente vincolo per il debitore, in dottrina vi era chi riteneva che nel caso di concordato con cessione di beni la semplice omologazione della proposta o la consegna dei beni fossero sufficienti a determinare l'effetto liberatorio, v. nota 6, G. B. NARDECCHIA, *La risoluzione del concordato preventivo*, in *Fall.*, 2012, fasc. 3, pp. 253-265. Di diversa opinione invece Nardecchia il quale afferma a p. 254, *op. ult. cit.*, che: «[n]el concordato per cessione dei beni l'adempimento dell'obbligazione concordataria e la conseguente liberazione del debitore si verifica nel momento in cui dalla vendita dei beni sia stata ricavata e distribuita una somma sufficiente a soddisfare i creditori chirografari in qualsiasi misura».

¹⁴³ Di esse alcune riguardano il periodo precedente l'ammissione mentre altre sono successive (occultamento o dissimulazione di parte dell'attivo, dolosa omissione di denuncia di uno o più crediti, esposizione di passività insussistenti, commissione di altri atti di frode, compimento durante la procedura di atti non autorizzati ex art. 167, commissione durante la procedura di atti

Al fine di garantire una tutela ai creditori, viene attribuito al commissario giudiziale il compito di accertare tali fatti e segnalarli al tribunale il quale provvederà d'ufficio ad aprire il procedimento di revoca comunicandolo ai creditori e al pubblico ministero. Secondo quanto previsto dall'art. 173 comma 2, a seguito del procedimento di revoca, il tribunale, qualora ne sussistano i presupposti, provvede a dichiarare il fallimento del debitore su istanza del creditore o del pubblico ministero.

2.8. Risoluzione del concordato e inadempimento di scarsa importanza

Per quanto riguarda la risoluzione del concordato, a seguito delle modifiche del 2007, soltanto i creditori sono legittimati a chiederla, restando esclusi da tale potere sia il giudice delegato che il commissario giudiziale¹⁴⁴.

Introdotta, dalla novella del 2015, la soglia minima di soddisfazione del ceto chirografario, sembra costituire una causa legittima di risoluzione del concordato per inadempimento. Appare legittimo ricorrere all'ipotesi risolutiva qualora la soddisfazione assicurata nella proposta non corrisponda alla soglia raggiunta in fase di esecuzione. Il comma 2, dell'art. 186 precisa che “[i]l concordato non si può risolvere se l'inadempimento ha scarsa importanza”. In applicazione di tale comma è da considerarsi comunque adempiuto un concordato che, nel limite dell'inadempimento di scarsa importanza, non abbia attribuito ai creditori la percentuale nei termini indicati.

Parte della dottrina non ammette tale lettura e sul tema ha precisato che: «l'eventuale pagamento di una percentuale inferiore al 20% (anche soltanto ad alcuni creditori) certamente comporterà la risoluzione, in quanto il legislatore ha fissato una percentuale minima, al di sotto della quale il concordato non può

diretti a frodare le ragioni dei creditori e mancanza, sia prima che durante la procedura, delle condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato).

¹⁴⁴ Sul tema v. A. SILVESTRINI, *La risoluzione del concordato preventivo*, in *Fall.*, 2016, fasc. 5, p. 509-518.

ritenersi aver assolto alla sua funzione, senza che vi sia spazio per una valutazione giudiziale della importanza dell'inadempimento»¹⁴⁵.

Sembra proponibile però, ad opinione di chi scrive, anche una diversa lettura della clausola dell'inadempimento di scarsa importanza, validata dal fatto che la riforma ha lasciato intatta tale norma. Nello specifico, nell'art. 186 non si fa riferimento alla soglia minima come ad una eccezione e da tale scelta si potrebbe ricostruire una applicazione del soglia "attenuata" quantomeno in sede di risoluzione. Il dovere del tribunale di valutare l'idoneità della proposta e della relazione dal giudizio di ammissione a quello di omologazione, al fine di accertare la fondata possibilità di raggiungere la percentuale minima, dovrebbe essere rigoroso, salvo poi trovare un'attenuazione nel caso di inadempimento di scarsa importanza. La norma dovrebbe permettere lo scostamento nell'ordine di qualche punto percentuale soprattutto nel caso in cui questo non fosse prevedibile durante la procedura.

Il tribunale, qualora il creditore abbia assicurato una percentuale pari o superiore al 20%, può dar luogo alla risoluzione del concordato se ritiene che lo scostamento tra quanto promesso e quanto effettivamente attribuito ai creditori sia tale da costituire un inadempimento di non scarsa importanza, tenuto conto anche del numero dei creditori insoddisfatti e della quota che comunque il debitore è riuscito a soddisfare.

Analogo problema sussiste nel caso in cui l'esecuzione, pur garantendo la soddisfazione promessa nella proposta, adempia a tale obbligo oltre il limite temporale indicato. Negli anni passati si riteneva che in caso di adempimento tardivo ma precedente alla richiesta di risoluzione, questa non fosse ammissibile per sopravvenuta carenza di causa, mentre nel caso di adempimento tardivo e successivo alla domanda di risoluzione, si configurasse comunque un inadempimento di scarsa importanza. Negli ultimi anni tale concezione ha subito dei cambiamenti: le Sezioni Unite della Corte di Cassazione prima, e il legislatore

¹⁴⁵ A. SILVESTRINI, *op. cit.*, p. 515; *contra v. Circolare operativa n. 2/16 del Tribunale di Bergamo*, 3 marzo 2016, in *ODCEC.bg.it - Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Bergamo*, p. 3, che rispetto alla percentuale del 20% precisa: «[i]l pagamento del 20% dell'ammontare complessivo dei crediti chirografari costituisce il parametro cui ancorare la valutazione di integrale adempimento della proposta, nonché la valutazione di non scarsa importanza dell'eventuale inadempimento».

con la riforma del 2015 poi, hanno valorizzato l'elemento temporale della soddisfazione. La Corte ha richiesto ai fini della soddisfazione della causa del concordato il riconoscimento in favore dei creditori di una sia pur minimale soddisfazione del proprio credito "in tempi di realizzazione ragionevolmente contenuti"¹⁴⁶. Il legislatore, modificando l'art. 161, comma 2, lett. e) richiede che il piano contenga "la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta". Tale valorizzazione si ripercuote anche sul giudizio di risoluzione, per cui il mancato rispetto dei tempi indicati nella proposta può costituire motivo di risoluzione e spetta quindi al tribunale valutare se si tratti di un inadempimento di scarsa importanza o meno, tenendo conto della durata del ritardo, del numero e dell'entità dei crediti interessati.

Il principale effetto che consegue dalla risoluzione è rappresentato dalla, caducazione retroattiva degli effetti esdebitatori e/o modificativi conseguenti all'omologazione, per cui divengono esigibili i crediti nel loro originario ammontare, con la conseguente possibilità per i creditori d'insinuare l'intero credito nel successivo fallimento o, nel caso in cui non sopravvenga il fallimento (perché non ricorra lo stato d'insolvenza o per la mancanza di istanze di fallimento), di agire giudizialmente per il recupero dell'intero credito e degli interessi, venendo meno in via retroattiva la sospensione del loro decorso¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521.

¹⁴⁷ A. SILVESTRINI, *op. cit.*, p. 517.

Capitolo 3

3. La soddisfazione dei creditori nel Concordato con continuità aziendale

3.1. Il concordato con continuità

3.1.1. Considerazioni generali

L'art. 33, lett. h) del decreto legge n. 83 del 2012 ha introdotto l'art. 186-*bis* l. fall¹⁴⁸ che disciplina il concordato con continuità aziendale¹⁴⁹. La domanda di concordato ai sensi dell'art. 186-*bis* l. fall., può prevedere che si arrivi al superamento dello stato di crisi attraverso la continuazione aziendale, pagando i creditori anche con il flusso di cassa generato dalla continuazione.

Il *favor* del legislatore nei confronti della continuità d'impresa e di forme di concordato in grado di salvaguardare il valori collegati ad essa è stato ribadito con il d.l. 83/2015, il quale ha previsto una disciplina meno rigorosa. *In primis*, ha escluso il rispetto della soglia minima di soddisfazione e ha stabilito al 30% la soddisfazione dei creditori chirografari necessaria per l'esclusione delle proposte concorrenti (rispetto al 40% di soddisfazione richiesto per il concordato di tipo liquidatorio).

Nella stessa direzione si è orientato anche il d.d.l. elaborato sulla base dello schema della commissione Rordorf, approvata dalla Camera e in discussione al Senato. Esso prevede il mantenimento di questa forma di concordato, limitando la possibilità di ricorrere ad un concordato liquidatorio ai casi in cui il debitore

¹⁴⁸ Sul tema v. F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il "Decreto sviluppo"*, Speciale riforma, in *Il Civilista Officina del diritto*, Giuffrè, 2012, Milano, pp. 57-75.

¹⁴⁹ Anche se esso era già ritenuto ammissibile grazie al tenore dell'art. 160 che attribuiva ampia libertà al debitore rispetto al composizione della proposta, v. G. LO CASCIO, *Sub. art. 186-bis*, in *Codice commentato del fallimento*, III edizione, 2015, IPSOA, p. 2326-2327.

assicuri il pagamento del 20 % e apporti finanzia esterna che incrementi in misura “apprezzabile” la soddisfazione dei creditori.

La finalità del concordato preventivo con continuità aziendale è comunque quella di garantire la miglior soddisfazione dei creditori per cui interessi ulteriori, quali il mantenimento dell’azienda in esercizio e la conservazione dei posti di lavoro, possono essere tutelati solo nel caso in cui essi siano compatibili con l’interesse dei creditori¹⁵⁰. La continuità è possibile solamente qualora l’impresa sia ancora capace di produrre utili immediatamente e nel medio periodo. È essenziale, a tal fine, una tempestiva emersione della crisi quando l’impresa è ancora vitale e dispone delle potenzialità propedeutiche a generare nel breve-medio periodo flussi di cassa da destinare alla soddisfazione dei creditori. Qualora invece la procedura intervenga tardivamente e l’impresa tramite la continuazione non riesca ad accrescere il proprio valore ma continui a produrre perdite, è certamente preferibile ricorrere ad una soluzione liquidatoria. Proprio a tal fine l’art. 186-bis, comma 7, attribuisce al tribunale il potere di revocare il concordato ex art. 173 l. fall., qualora la prosecuzione dell’attività risulti manifestamente dannosa per i creditori.

La prosecuzione dell’attività secondo l’art. 186-bis, comma 1, può realizzarsi in tre modalità diverse: prosecuzione dell’impresa da parte del debitore, cessione dell’azienda in esercizio e conferimento dell’azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione¹⁵¹.

Secondo quanto previsto della norma, la continuazione può avvenire attraverso lo stesso debitore (continuità diretta) o attraverso il subentro di un soggetto terzo (continuità indiretta), come nel caso di cessione o di conferimento in una società¹⁵². Il concordato con continuità aziendale è caratterizzato dalla prosecuzione, anche temporanea, dell’attività d’impresa in sé, e non necessariamente dalla prosecuzione dell’esercizio d’impresa da parte del

¹⁵⁰ G. P. MACAGNO, *Il concordato preventivo riformato nel segno della continuità aziendale*, in *Fall.*, 2016, fasc. 10, pp. 1074-1084.

¹⁵¹ È discusso se tale elencazione abbia o meno carattere tassativo, V. PETTIROSSI, *Il concordato preventivo: della fattispecie con continuità aziendale*, in *Dir. fall.*, 2015, fasc. 2, I, p. 220, ritiene che l’attribuzione di carattere cogente all’elencazione determinerebbe l’esclusione di fattispecie (come ad esempio la fusione, scissione o l’affitto di azienda) idonee invece a soddisfare i creditori.

¹⁵² V. PETTIROSSI, *op. cit.*, pp. 205-232.

debitore¹⁵³. Occorre fin da subito chiarire, ad opinione di chi scrive ed in accordo alla dottrina maggioritaria¹⁵⁴, che l'elemento in cui individuare la continuità aziendale sia quello oggettivo, prescindendo da quello soggettivo, individuabile nel soggetto che porta avanti l'attività d'impresa¹⁵⁵. Nello stesso senso si è orientata anche la giurisprudenza, e nello specifico il Tribunale di Cuneo¹⁵⁶ il quale, in premessa alla propria decisione, ha riconosciuto che la disciplina della continuità aziendale trovi applicazione sia nel caso in cui l'imprenditore prosegua l'attività in proprio, sia nel caso in cui proceda al trasferimento del complesso produttivo ad un soggetto terzo, tramite la cessione o il conferimento. Il tribunale ha quindi applicato la chiara volontà del legislatore di individuare nella continuità l'elemento sostanziale, prevedendo il passaggio dal soggetto (l'imprenditore) all'oggetto (l'impresa) e riconoscendo espressamente che la continuità sussista tanto nel caso di continuazione diretta, quanto nel caso di continuazione indiretta. Sembrano quindi contrarie al dettato normativo, e perciò da escludere, le interpretazioni che in maniera non condivisibile ritengono la disciplina del concordato in continuità applicabile unicamente al caso in cui al mantenimento dell'impresa sul mercato provveda direttamente l'imprenditore.

La norma prevede una serie di privilegi collegati alla domanda di concordato con continuità¹⁵⁷:

- la possibilità ex art. 186-bis, comma 2, lett. c) di inserire nel piano una moratoria fino ad un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, ad eccezione del caso in cui il piano preveda la

¹⁵³ F. BARACHINI, *Il diritto dell'impresa in crisi fra contratto, società e procedure concorsuali*, 2014, Giappichelli, Torino, p. 30.

¹⁵⁴ In tal senso v. A. MAFFEI ALBERTI, *Sub. art. 186 bis*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, 6^a ed., 2013, CEDAM, p. 1328; S. AMBROSINI, *Il diritto della crisi d'impresa nella legge n. 132 del 2015 e nelle prospettive di riforma*, in *Il Caso.it*, 30 novembre 2015, pp. 18-19; E. SABATELLI, *Appunti sul concordato preventivo dopo la legge di conversione del d.l. n. 83/2015*, in *Il Caso.it*, 13 novembre 2015, p. 5.

¹⁵⁵ Tribunale di Bolzano, Sez. fall., 10 marzo 2015, decr., in *Il Caso.it*, che a p. 7 afferma: «[i]l Tribunale ritiene che lo spartiacque fra il concordato liquidatorio e quello in continuità sia l'oggettiva, e non soggettiva, continuazione del complesso produttivo, sia direttamente da parte dell'imprenditore, che indirettamente da parte di un terzo (affittuario, cessionario, conferitario), con conseguente applicazione della specifica disciplina, in termini di benefici e oneri».

¹⁵⁶ Tribunale di Cuneo, 31 ottobre 2013, in *Fall.*, 2014, fasc. 2, pp. 191-192.

¹⁵⁷ Cfr. L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fall.*, 2013, fasc. 10, pp. 1227-1228; E. SABATELLI, *op. cit.*, pp. 4-5.

liquidazione dei beni su cui grava la prelazione, in quanto ritenuti non indispensabili per la prosecuzione d'impresa;

- la possibilità ex art. 186-*bis*, comma 3 di continuare i contratti in corso di esecuzione escludendo dalle possibili cause di risoluzione del contratto la domanda di concordato con continuità e rendendo inefficaci eventuali patti contrari. Questa possibilità si applica anche a contratti stipulati con pubbliche amministrazioni ma in tal caso è richiesta al debitore la presentazione di una relazione con cui il professionista indipendente attesti che il contratto sia coerente con il piano e che il debitore sia ragionevolmente in grado di adempierlo;

- la possibilità ex art. 182-*quinquies*, comma 5, di pagare i c.d. fornitori strategici per la continuazione dell'attività d'impresa per crediti anteriori da essi vantati.

Ulteriori agevolazioni previste per tutte le forme di concordato, che facilitano in particolare la continuità aziendale sono:

- la sospensione ex art. 182-*sexies*, conseguente al deposito della domanda di concordato preventivo, dell'obbligo di ricapitalizzazione per perdita o riduzione del capitale sociale;

- la possibilità ex art. 182-*quinquies*, comma 1, 2 e 3, di contrarre finanziamenti prededucibili in pendenza di concordato;

- la possibilità di sciogliere in maniera selettiva i contratti onerosi (art. 169-*bis*).

La continuità aziendale comporta però alcuni rischi ulteriori per i creditori rispetto all'alternativa liquidatoria, di cui il principale è l'aumento del passivo nel caso in cui l'impresa non riesca nell'inversione di rotta. I regimi diretti a favorire la continuità, e in particolare la possibilità di moratoria e la prededuzione dei costi della procedura e dei finanziamenti contratti, comportano il rischio di una totale erosione da parte della procedura del già incapiente patrimonio del debitore. L'art. 186-*bis*, ult. comma, al fine di cercare di arginare questo rischio, prevede la possibilità di revocare la procedura di concordato ai sensi dell'art. 173 l. fall. qualora essa risulti manifestamente dannosa per i creditori. Ciò detto, le conseguenze di un fallito tentativo di mantenimento in attività sembrano essere tali da non poter essere arginate con la revoca. Si ritiene quindi necessario che i creditori tengano conto anche dei rischi collegati ad un insuccesso del tentativo di mantenimento in attività, prima e durante l'espressione del proprio voto.

La seconda parte del primo comma dell'art. 186-bis consente di prevedere nel piano “anche la liquidazione dei beni non funzionali all'esercizio dell'impresa”, per cui la cessione di alcuni beni non funzionali alla prosecuzione dell'attività d'impresa a seguito della ristrutturazione aziendale prevista dal piano rientra comunque all'interno dell'ipotesi di concordato con continuità.

Con tale disposizione si ammette la possibilità, non infrequente, che il piano di concordato in continuità contempli oltre alla continuità aziendale, anche la liquidazione di alcuni beni “non funzionali”, provvedendo alla soddisfazione dei creditori anche grazie al ricavato della liquidazione.

Si è posto fin da subito però il problema di individuare quale sia la disciplina da applicare a tale ipotesi di concordato “misto”. Il dibattito si è ampliato a seguito dell'introduzione da parte della l. 132/2015, all'art. 160, comma 4, della percentuale minima del 20% di soddisfazione dei creditori chirografari, in quanto l'applicazione di tale soglia è circostanziata ad un ambito preciso, escludendo i concordati con continuità aziendale di cui all'art. 186-bis l. fall., per cui è necessario stabilire se il concordato misto rientri nell'ambito di applicazione della soglia minima.

Sul tema si è pronunciato il Tribunale di Roma che ha escluso l'applicabilità della soglia minima al concordato il cui piano preveda anche una parte di liquidazione dei beni, con la sola eccezione del caso in cui si sia fatto ricorso a tale forma di concordato al fine di eludere la norma¹⁵⁸.

Ad opinione di chi scrive, sembra corretto ritenere che il testo della norma preveda la possibilità che il piano contempli anche la liquidazione di beni. Ne consegue che la disciplina da applicare non possa che essere quella del concordato con continuità, considerando il ricavato ottenuto dalla liquidazione come un *addendum* al flusso di cassa generato dalla continuità dell'attività di impresa, con il solo limite di quelle ipotesi caratterizzate da una continuità fittizia, al solo fine di beneficiare della disciplina di favore. In tal caso è compito del tribunale riquilibrare la proposta come liquidatoria e sottoporla alla disciplina attinente. Ad eccezione di questo caso limite, è comunque necessario riconoscere

¹⁵⁸ *Linee Guida del Tribunale di Roma in ordine a talune questioni controversie della procedura di concordato preventivo*, in *Il Caso.it*, 10 maggio 2016.

l'ammissibilità di piani concordatari che contemplino una continuità caratterizzata dalla liquidazione dei beni non funzionali alla prosecuzione dell'attività d'impresa.

3.1.2. Continuità aziendale “diretta” e “indiretta”

Come già accennato, l'art. 186-*bis*, al primo comma individua tre casi di concordato con continuità aziendale.

Il primo, c.d. concordato con continuità diretta, ricorre quando il piano prevede che alla prosecuzione dell'attività provveda direttamente il debitore. In tal caso il piano di concordato da accompagnare alla domanda si traduce in un vero e proprio *business plan*, dove oltre all'indicazione dei costi, investimenti, e rispettive coperture si deve precisare quali siano le scelte manageriali in grado di consentire all'azienda di tornare a produrre utili, indicando una previsione ragionevole della loro entità¹⁵⁹ e della parte dei flussi di cassa destinata alla soddisfazione dei creditori.

Le altre due modalità di c.d. concordato con continuità indiretta sono individuate dall'art. 186-*bis*, primo comma, nella cessione dell'azienda e nel conferimento d'azienda in una o più società, anche di nuova costituzione (NewCo). In tali casi la gestione del debitore è meramente interinale, volta principalmente a conservare il valore del complesso aziendale in attesa della cessione o del conferimento.

Nella cessione d'azienda, il rischio d'impresa passa dal debitore al soggetto acquirente e la soddisfazione dei creditori avviene solitamente tramite i proventi della cessione, qualora il corrispettivo venga versato interamente al momento della cessione. Il piano però può strutturarsi anche in maniera diversa, per cui occorre valutare i termini e le modalità di pagamento da esso previste. Si può infatti verificare il caso in cui il cessionario paghi parte del prezzo alla cessione e parte con i risultati di cassa prodotti con la continuazione dell'attività. Nel caso di

¹⁵⁹ Cfr. S. AMBROSINI, *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, in *Il Caso.it*, 4 agosto 2013.

pagamento dilazionato sussiste la necessità di verificare la solvibilità del cessionario¹⁶⁰.

Nel conferimento¹⁶¹, il debitore conferisce la parte attiva dell'azienda, priva di debiti, in una o più società, spesso una NewCo. La soddisfazione dei creditori può avvenire tramite il corrispettivo ottenuto dalla cessione delle partecipazioni della società, tramite la destinazione di utili della conferitaria sotto forma di dividendi, oppure tramite l'assegnazione ai creditori di quote della conferitaria. Nel caso di conferimento in una società che si ponga come assuntore, è direttamente quest'ultima a soddisfare i creditori, previa valutazione della capacità di adempimento.

Per le due forme di continuazione indiretta dell'attività si pone il problema della compatibilità con la procedura di concordato preventivo qualora la cessione o il conferimento siano state poste in essere prima dell'omologazione e non in esecuzione di una proposta di concordato omologata.

Parte della dottrina, anche in forza di quanto previsto dall'art. 186-bis, ultimo comma, contesta l'ammissibilità della cessione precedente all'omologazione, sostenendo che renderebbe efficace una proposta ancor prima dell'omologazione da parte del tribunale¹⁶². La dottrina maggioritaria¹⁶³, correttamente, non condivide però tale ricostruzione, precisando che qualora la cessione sia essenziale per il superamento dello stato di crisi il profilo temporale dell'adempimento della proposta concordataria perda il suo peso, fermo restando la necessità dell'autorizzazione ex art. 167 comma 2 che ne accerti la convenienza per i creditori.

¹⁶⁰ Cfr. M. ARATO, *Il piano di concordato e la soddisfazione dei creditori concorsuali*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da O. CAGNASSO e L. PANZANI, Tomo III, UTET, 2016, p. 3549.

¹⁶¹ Sul tema v. M. ARATO, *Questioni controverse nel concordato preventivo con continuità aziendale: il conferimento e l'affitto d'azienda, il pagamento ultrannuale dei creditori privilegiati, l'uscita dalla procedura*, in *Il Caso.it*, 9 agosto 2016.

¹⁶² S. SCARAFONI, *Effetti della presentazione del ricorso e dell'ammissione al concordato preventivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da LUCIO, SEVERINI, GHIA, vol. IV, 2011, UTET, p. 389 afferma: «[t]ale ultima tesi non sembra condivisibile, anche dopo la riforma, perché la cessione dell'azienda prima dell'omologazione, ancorché autorizzata dal giudice delegato, finirebbe per attuare la proposta di concordato ancor prima che sulla stessa si siano espressi i creditori o, comunque, prima che la stessa sia resa efficace con il decreto di omologazione».

¹⁶³ Cfr. L. STANGHELLINI, *op. cit.*, pp. 1235-1237.

L'elencazione fatta dall'art. 186-*bis* non esaurisce le possibili modalità di continuazione dell'attività aziendale, ma sono configurabili ulteriori operazioni, prima fra tutte l'affitto dell'azienda. Occorre distinguere tra l'affitto "fine a se stesso" e quello prodromico al trasferimento del complesso aziendale o di un ramo di esso¹⁶⁴.

Quanto alla prima ipotesi, l'opinione prevalente in dottrina e in giurisprudenza è quella di escludere che tale forma possa rientrare nella fattispecie di concordato con continuità aziendale¹⁶⁵. Parte della dottrina ritiene comunque superabile tale argomentazione precisando che occorre valutare i termini del contratto di affitto, che può prevedere una prosecuzione limitata nel tempo e/o nell'oggetto, come nel caso di affitto finalizzato al compimento o al completamento di uno specifico affare, ed in tal caso non verrebbe meno la possibilità del debitore di rimettersi a capo dell'azienda a termine del contratto, rientrando nella fattispecie di continuità "diretta"¹⁶⁶.

Il dibattito si è soprattutto concentrato sul caso di affitto finalizzato alla cessione dell'azienda o di un ramo di essa ed in giurisprudenza si trovano opinioni contrastanti: chi ritiene che tale ipotesi non configuri mai un'ipotesi di concordato con continuità¹⁶⁷, chi ritiene che sia configurabile solo se stipulato dopo la domanda di ammissione al concordato¹⁶⁸ e chi ammette la continuità anche nel caso di stipulazione del contratto precedente alla domanda¹⁶⁹.

Nel caso di contratto di affitto precedente alla domanda, parte della giurisprudenza contesta il fatto che l'art. 186-*bis* richiede che sia il piano a prevedere la cessione di azienda e che siano indicati i costi e i ricavi relativi alla

¹⁶⁴ Vedi S. AMBROSINI, *op. cit.*, p. 6.

¹⁶⁵ Tribunale Ordinario di Patti, 12 novembre 2013, *decr.*, in *Il Caso.it*, p. 5, che rispetto all'ipotesi dell'affitto di azienda stipulato prima della domanda precisa: «[n]essun dubbio nutre invece la dottrina – e con essa il Collegio – circa la non configurabilità della continuità aziendale qualora il contratto preesistente alla domanda di concordato sia "fine a se stesso", ossia qualora si tratti di affitto *tout court*, non finalizzato alla cessione».

¹⁶⁶ V. PETTIROSSI, *Il concordato preventivo: della fattispecie con continuità aziendale*, in *Dir. fall.*, 2015, fasc. 2, pp. 223-224.

¹⁶⁷ Tribunale di Firenze, 13 gennaio 2016, in *Il Caso.it*.

¹⁶⁸ Tribunale di Busto Arsizio, 1 ottobre 2014, in *Il Caso.it.*; S. AMBROSINI, *op. cit.*, pp. 6-9.

¹⁶⁹ Tribunale di Bolzano, Sez. fall., 10 marzo 2015, *decr.*, in *Il Caso.it*.

prosecuzione, le risorse finanziarie e le rispettive coperture, indicazione che in tal caso diventerebbe priva di senso¹⁷⁰.

Altra parte, ritiene invece che il contratto stipulato prima della domanda di concordato, purché contenente l'impegno all'acquisto, rientri nella fattispecie prevista dal legislatore. In questi termini si è pronunciato il Tribunale di Avezzano, il 22 ottobre 2014, il quale durante il giudizio di omologazione, in sede di riesame del piano e della proposta, ha riqualificato il concordato come liquidatorio, non avendo il piano previsto né menzionato un obbligo dell'affittuario di acquisto dell'azienda. Nella decisione si precisa che la previsione di acquisto è necessaria per rendere la proposta (e il piano connesso) conforme all'art. 186-bis e per consentire ai creditori di conseguire un'informazione accurata ed adeguata sulle modalità di risoluzione della crisi¹⁷¹.

Qualora invece il contratto di affitto venga stipulato successivamente alla domanda, sussistono minori dubbi circa la possibilità di ricondurre tale ipotesi all'interno della fattispecie di concordato con continuità, purché l'affittuario si impegni in maniera irrevocabile all'acquisto¹⁷². Resta ferma la necessità di autorizzazione da parte del giudice, costituendo la stipula un atto di straordinaria amministrazione ex art. 167 l. fall.

A favore della riconducibilità nel concordato con continuità aziendale del contratto di affitto di azienda stipulato precedentemente, purché funzionale alla trasferimento dell'azienda si è orientata la giurisprudenza maggioritaria¹⁷³. Il Tribunale di Bolzano¹⁷⁴ si è espresso in questa direzione riguardo ad una società che successivamente alla domanda di concordato con riserva aveva presentato una proposta che prevedeva, attraverso la costituzione di tre classi di creditori,

¹⁷⁰ Tribunale di Terni, 28 gennaio 2013, in *Il Caso.it.*, p.1: «laddove il legislatore ha fatto riferimento alla “cessione di azienda in esercizio”, sembra aver chiaramente escluso la distinta ipotesi dell'affitto di azienda, anche perché non avrebbe senso imporre l'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa, delle risorse necessarie e delle relative modalità di copertura (art. 186-bis co. 2) lett. a)».

¹⁷¹ Tribunale di Avezzano, 22 ottobre 2014, in *Fall.*, 2015, fasc. 7, pp. 842-845.

¹⁷² A. MAFFEI ALBERTI, *Sub. art. 186 bis*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, 6^a ed., 2013, CEDAM, p. 1328 e G. LO CASCIO, *Sub. art. 186-bis*, in *Codice commentato del fallimento*, III edizione, 2015, IPSOA, p. 2330, estendono l'applicazione della norma anche al caso di contratto di affitto stipulato precedentemente qualora la proposta contenga come obbligatoria la cessione dell'azienda all'affittuario; S. AMBROSINI, *op. cit.*, p. 7.

¹⁷³ Tribunale di Mantova, 19 settembre 2013, in *Il Caso.it.*; Tribunale di Vercelli, 13 agosto 2014, in *Il Caso.it.*

¹⁷⁴ Tribunale di Bolzano, Sez. fall., 10 marzo 2015, decr., in *Il Caso.it.*

l'integrale pagamento dei privilegiati, l'integrale pagamento dei creditori chirografari che avevano versato acconti per le forniture di mezzi antincendio e il pagamento al 30,01 % dei chirografari falciati; in un periodo di circa 30 mesi.

Il piano prevedeva:

- l'affitto dell'azienda, con un contratto stipulato già prima del deposito della domanda, accompagnato da una proposta irrevocabile d'acquisto, garantita da fideiussione;
- nell'ambito del contratto di affitto dell'azienda, l'affittuaria si era altresì obbligata ad acquistare le giacenze di magazzino, in parte già prelevate e pagate nel corso del concordato con riserva;
- la locazione dell'immobile alla società affittuaria, con previsione di vendita a terzi a seguito dell'omologazione;
- l'incasso di crediti vantati dalla società verso i clienti.

A seguito della presentazione di alcune rettifiche e integrazioni richieste dal tribunale, la società provvedeva all'ampliamento del fondo rischi e rettificava la soddisfazione dal 30,01 al 27,39%, mentre la società affittuaria si impegnava a prorogare il contratto d'affitto, tenendo ferma la proposta irrevocabile d'acquisto, accompagnata da fideiussione bancaria, dell'azienda comprendente anche l'immobile oggetto del contratto di locazione.

La corte, dopo aver precisato che nella nozione di continuità aziendale definita dall'art. 186 bis l. fall., rientrano sia la continuità diretta che quella indiretta, in merito alla questione della riconducibilità dell'affitto d'azienda nell'ambito della fattispecie, afferma: «[a]l riguardo si ritiene che sia l'affitto stipulato prima della presentazione della domanda di concordato, che quello stipulato in corso di procedura concordataria, ove vi sia la previsione di successiva cessione dell'azienda, non sia di ostacolo all'applicabilità della disciplina tipica del concordato in continuità, essendo l'affitto un mero strumento giuridico ed economico finalizzato proprio per evitare una perdita di funzionalità ed efficienza dell'intero complesso aziendale in vista di un suo successivo passaggio a terzi. (...) L'affitto d'azienda, che persegue la finalità di mantenere in vita, di continuare, appunto, l'attività d'impresa, non è altro che uno "strumento ponte" per giungere proprio alla cessione o al conferimento della stessa senza il rischio

della perdita dei valori intrinseci – primo fra tutti l’avviamento – che un suo arresto, anche solo momentaneo, produrrebbe in modo irreversibile. L’affitto d’azienda, quindi, rappresenta uno strumento compatibile, essenziale e funzionale al raggiungimento degli obiettivi sottesi, da un lato alla conservazione dell’impresa, e dall’altro al miglior soddisfacimento del ceto creditorio»¹⁷⁵.

Negli stessi termini si è pronunciato il Tribunale di Roma, con il decreto del 24 marzo 2015¹⁷⁶. La necessità di ricondurre l’ipotesi dell’affitto di azienda (sia esso precedente al domanda di concordato o autorizzato nel procedimento) all’interno della disciplina di favore del concordato preventivo con continuità è, ad opinione di chi scrive, la tesi da preferire, purché dalle condizioni specifiche del contratto si possa riscontare l’obbligatorietà e la garanzia del trasferimento dell’azienda entro tempi ragionevoli.

La disciplina del concordato con continuità è quindi applicabile anche nel caso di continuità indiretta la quale, pur avendo una finalità diversa all’ipotesi del concordato in continuità diretta, dove solitamente è il debitore che attraverso la continuità provvede alla soddisfazione dei crediti al fine di rimanere a capo dell’azienda, permette il mantenimento in attività della stessa anche se finalizzato alla successiva cessione.

Entrambe le ipotesi sono infatti funzionali alla miglior soddisfazione dei creditori e garantiscono un miglioramento delle possibilità di recupero dal complesso di beni rispetto all’ipotesi liquidatoria. In questa logica funzionale, che è quella scelta dal legislatore, anche l’ipotesi dell’affitto d’azienda può essere ricondotta all’interno del concordato con continuità.

Recentemente anche il d.d.l. di delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell’insolvenza in discussione al Senato, ha previsto che la disciplina del concordato in continuità «si applica anche nei casi in cui l’azienda sia oggetto di contratto di affitto, anche se stipulato anteriormente alla domanda di concordato»¹⁷⁷.

Da tale ricomprensione all’interno della fattispecie del concordato con continuità discende l’applicabilità dei privilegi previsti quali la “continuità contrattuale”, la

¹⁷⁵ Tribunale di Bolzano, Sez. fall., 10 marzo 2015, decr., in *Il Caso.it*, p. 6.

¹⁷⁶ Tribunale di Roma, Sez. fall., 24 marzo 2015, decr., in *Fall.*, 2016, fasc. 1, pp. 79-84

¹⁷⁷ Art. 6, lett. l), d.d.l. n. 3671-bis, in *Senato.it*, atto n. 2861, p. 18.

capacità di stipulare contratti pubblici ex art. 186-bis commi 3 e 4 e la possibilità di moratoria fino ad un anno per i creditori prelatizi. In tal caso, il piano deve tener conto dei canoni di affitto e del prezzo di acquisto, mentre la valutazione del professionista sulla fattibilità deve accertare la capacità del promissario acquirente di far fronte ai propri impegni¹⁷⁸.

Secondo una diversa lettura, parte della dottrina, prescindendo dal momento in cui avviene la stipulazione del contratto di affitto, ritiene che la questione dell'applicabilità dell'art. 186-bis, anche nell'eventualità di affitto finalizzato alla cessione debba essere frutto di una valutazione caso per caso, verificando i termini e le condizioni specifici del singolo piano. Troverebbe così applicazione la disciplina del concordato con continuità aziendale ogni qualvolta la prosecuzione dell'attività da parte dell'affittuario sia rilevante ai fini del piano, influenzando la soddisfazione dei creditori¹⁷⁹ e rimettendo ad essi la valutazione attraverso l'approvazione o meno della proposta.

Ulteriore ipotesi di concordato con continuità, prevista dall'art. 160, comma 1, lett. a), l. fall.¹⁸⁰, è quella di offrire ai creditori concorsuali azioni, quote, obbligazioni (anche convertibili) o altri strumenti finanziari o titoli di debito in sostituzione del pagamento del loro credito. Tali operazioni, consistenti nella

¹⁷⁸ Cfr. S. AMBROSINI, *op. cit.*, p. 7; G. P. MACAGNO, *Il concordato con continuità aziendale: il confine ultimo di un istituto sotto accusa*, in *Fall.*, 2016, fasc. 1, p. 93.

¹⁷⁹ M. ARATO, *op. cit.*, pp. 3553-3554; V. PETTIROSSI, *op. cit.*, p. 226.

¹⁸⁰ Rientrano tra le operazioni straordinarie anche se non espressamente previste, la fusione e la scissione. La fusione, determina l'estinzione della società in crisi nel caso in cui la stessa venga incorporata e la successione universale da parte di una società in grado di assicurare il pagamento delle passività concordatarie, come previsto dall'art. 2504-bis, comma 1. Tale operazione può realizzarsi anche come incorporazione di una società in attivo da parte della società in crisi. Uno dei problemi principali collegati a tali riorganizzazioni è quello derivante dalla confusione dei due patrimoni delle imprese, in quanto ciò potrebbe determinare un pregiudizio ai creditori dell'impresa "sana" che vedrebbero ridotte le proprie garanzie. A tal fine viene riconosciuto dall'art. 2503 c.c. per l'operazione di fusione, e dal richiamo ad esso fatto dall'art. 2506-ter, comma 5 per l'operazione di scissione, il diritto di tutti i creditori delle società non in concordato partecipanti all'operazione di opporsi ad essa. Tramite l'opposizione i creditori terzi, estranei alla società in concordato, tentano di evitare che la procedura vada ad incidere sulla loro posizione. I creditori della società esprimono invece il giudizio su tale operazione attraverso la votazione della proposta di concordato. M. ARATO, *op. cit.*, pp. 3478-3479, al fine di evitare un blocco del concordato approvato, da parte dei creditori della società non in crisi tramite opposizione, propone come soluzione in grado di contemperare gli interessi di tutti i gruppi di creditori, quella di deliberare la fusione prima dell'omologazione della procedura concordataria, subordinando l'efficacia della fusione alla definitività del decreto di omologazione del concordato. La scissione garantisce un'ampia versatilità, essendo idonea sia alla gestione della crisi d'impresa globale, sia alla riorganizzazione della struttura societaria mediante l'attribuzione di uno o più rami d'azienda ad una società costituita ad hoc.

conversione del debito della società verso il creditore in azioni o altri strumenti partecipativi e finanziari secondo uno specifico rapporto di cambio, agevolano la ristrutturazione della società in crisi. Mentre questa modalità di soddisfazione sembra pienamente ammissibile per i creditori chirografari, i quali possono esprimere un giudizio durante l'adunanza, maggiori dubbi sussistono relativamente all'applicabilità ai creditori titolari di privilegi su beni capienti (o nei limiti della capienza) i quali, essendo esclusi dal voto, non possono esprimere il loro consenso. La soluzione praticabile sembra quindi essere una negoziazione extraconcorsuale¹⁸¹. Naturalmente, nel caso di nuove azioni, a monte di tale operazione, deve essere stato deliberato l'aumento di capitale sociale, corrispondente al valore delle nuove partecipazioni emesse.

3.1.3. La soddisfazione da garantire

Il tema della soddisfazione dei creditori è stato affrontato dalla riforma all'art. 160, ultimo comma dove si prevede espressamente che la soglia minima del 20% di soddisfazione dei creditori chirografari non trovi applicazione nel caso di concordato con continuità aziendale. Per evitare che la continuità si riveli controproducente per i creditori, tale forma di concordato richiede alcune cautele ulteriori, costituite dalla necessità che il piano contenga un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione oltre alla copertura delle risorse finanziarie necessaria a tal fine, e dalla specifica attestazione del professionista che assicuri la funzionalità della prosecuzione al miglior soddisfacimento dei creditori (art. 186-*bis*, comma 2, lett. a) e b)).

Allo stesso tempo è necessario segnalare che l'art. 161, comma 2, lett. e), richiede che la proposta debba indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore. Da queste disposizioni sembra richiedersi al debitore il dovere di garantire una determinata soddisfazione di tutti i creditori, senza una soglia minima e non necessariamente monetaria, ma comunque economicamente

¹⁸¹ S. AMBROSINI, *op. cit.*, p. 20.

valutabile, fermo restando la necessità che la totalità della soddisfazione sia superiore a quella ottenibile nell'alternativa liquidatoria.

Di conseguenza la dottrina ha ritenuto:

1) di poter qualificare il concordato con continuità aziendale più conveniente quando dal mantenimento in esercizio dell'impresa si possano ottenere flussi di cassa in grado di garantire una soddisfazione maggiore, adempiendo al presupposto di funzionalità alla migliore soddisfazione. È perciò necessario operare una comparazione tra la soddisfazione ottenibile attraverso la liquidazione dei beni e quella complessiva derivante dalla continuità aziendale (flussi di cassa ed eventuale dismissione di beni non funzionali alla continuità). Tale compito spetta al professionista, al fine del rilascio dell'attestazione di fattibilità del piano e di funzionalità della continuità alla migliore soddisfazione dei creditori. L'attestazione è poi oggetto di controllo da parte del commissario giudiziale e del giudice.

2) di ritenere ammissibili le c.d. *classi a zero*¹⁸², ovvero quelle classi nelle quali la soddisfazione dei creditori non si concretizza nell'attribuzione di beni o nel pagamento di una parte dei creditori ad una certa data, ma in uno o più vantaggi economicamente valutabili quali ad esempio, la prosecuzione dei rapporti economici o l'istaurazione di nuovi, la partecipazioni ad eventuali utili futuri, ecc., fermo restando la necessità che la soddisfazione complessiva attribuita ai creditori assicuri una soddisfazione migliore rispetto all'alternativa liquidatoria e la possibilità per i creditori di esprimersi in maniera contraria alla proposta in sede di votazione. Resta da capire se questa possibilità si ponga in contrasto con la necessità della minima soddisfazione al fine di assolvere alla causa concreta del concordato ma, ad opinione di chi scrive, tale conflitto non sussiste.

¹⁸² Favorevoli all'ammissibilità di classi simili all'istituto tedesco S. AMBROSINI, *La disciplina della domanda di concordato preventivo nella "miniriforma" del 2015*, in *Il Caso.it*, 20 agosto 2015, p. 19; E. SABATELLI, *op. cit.*, p. 21; P. VELLA, *La contendibilità dell'azienda in crisi. Dal concordato in continuità alla proposta alternativa del terzo*, in *Il Caso.it*, 2 febbraio 2016, p. 10; *contra v. Circolare operativa del Tribunale di Bergamo*, n. 2/16, 3 marzo 2016, in *ODCEC.bg.it - Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Bergamo*, p. 2, che precisa: «dalla norma in parola non pare possa conseguire la legittimità delle cd. "classi a zero". In cui venga prospettata una soddisfazione del creditore che non passi affatto per il pagamento, né per altra forma di soddisfazione».

Parte della dottrina¹⁸³, seppur con una forzatura interpretativa, individua dei margini di applicabilità della soglia minima di soddisfazione del 20 % nel caso di concordato con continuità indiretta, sostenendo l'equiparabilità sotto il profilo formale e sostanziale dell'ipotesi di continuità aziendale diretta alla cessione ad un concordato per *cessio bonorum*.

Ad opinione di chi scrive, tale lettura non sembra ammissibile poiché, nonostante la similitudine tra le due ipotesi, l'interpretazione letterale dell'art. 160, comma 4, prevede espressamente l'inapplicabilità della soglia minima al concordato in continuità aziendale in tutte le sue possibili configurazioni¹⁸⁴. Della stessa opinione è anche il Tribunale di Torre Annunziata che il 13 aprile 2016, nel dichiarare inammissibile una domanda di concordato in continuità, ha precisato che l'eccezione alla soddisfazione minima dei creditori chirografari prevista all'art. 160, debba riguardare sia il concordato in continuità diretta, che quella indiretta¹⁸⁵.

Sul tema della soddisfazione minima è intervenuta anche la decisione del Tribunale di Pistoia del 29 ottobre 2015. La corte, nel precisare che la soglia minima di soddisfazione del 20% non viene applicata al concordato in continuità, essendo prevista una specifica eccezione in tal senso dall'art. 160, comma 4 della l. fall., ha comunque individuato una soglia minima di soddisfazione pari ad almeno il 5%. Tale soglia vuole sia evitare una disparità fra le due tipologie di concordato che, seppur ammissibile in forza dell'alea tipica della continuità

¹⁸³N. SOTGIU, *Il nuovo concordato preventivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, fasc. 6, pp. 1522-1523; F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. 83/2015, Speciale riforma*, in *Il Civilista Officina del diritto*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 20-23; G. PALUDETTI, *La percentuale minima di pagamento "assicurata" e l'utilità specificatamente individuata ed economicamente valutabile*, in *Dirittobancario.it*, aprile 2016, p. 4.

¹⁸⁴In tal senso v. S. AMBROSINI, *op. cit.*, pp. 14-15.

¹⁸⁵La corte dopo aver affermato l'esistenza di una tesi che individua nella sola ipotesi di concordato con continuità diretta l'eccezione prevista dall'art. 160, ult. comma, rispetto ad essa afferma: «[l']esposta interpretazione ad avviso del Collegio non è condivisibile dovendo attribuirsi rilievo al tenore letterale del comma 4 dell'art. 160 che, ai fini dell'esonero, richiama l'art. 186 bis senz'altra specificazione e/o limitazione, di guisa che deve ritenersi che il richiamo sia al concordato in continuità, sia nella forma diretta che indiretta, non potendo ritenersi consentito porre in via interpretativa limitazioni non espressamente previste dal legislatore. Né può ritenersi che tale disciplina violi la ratio legis dell'esonero, dovendo questa individuarsi in un incentivo alla del debitore-proponente nel senso della continuità aziendale, in qualunque forma essa si espliciti, e non tanto in un "premio" per il rischio che il debitore si assume optando per la gestione diretta dell'impresa. Per cui, ad avviso di questo Tribunale, anche la fattispecie della continuazione indiretta rientra nell'esonero previsto», in *Il Caso.it*, p. 16.

aziendale, deve essere limitata per garantire la coerenza del sistema, sia soddisfare la causa concreta del concordato, rifacendosi alla lettura fatta dalle S.U. della Corte di Cassazione nella sentenza n. 1521 del 2013¹⁸⁶.

Essendo il fine dell'istituto del concordato quello della soddisfazione dei creditori¹⁸⁷ appare poco sensato, perlomeno ad opinione di chi scrive, subordinare la soddisfazione al raggiungimento di una determinata percentuale, qualora la relazione del professionista attesti che la proposta formulata dal debitore sia funzionale al requisito previsto dall'art. 186-*bis*, comma 2, lett. b) della "miglior soddisfazione dei creditori" e massimizzi le possibilità di recupero da parte dei creditori. È più corretto ritenere che al tribunale spetti, non tanto un controllo del rispetto della percentuale minima, ma un potere di controllo della validità della proposta, dell'attestazione di fattibilità del piano e della migliore soddisfazione dei creditori, restando poco rilevante a seguito di tale giudizio la percentuale di soddisfazione, in quanto la massima effettivamente realizzabile.

In questa direzione si è pronunciato il Tribunale di Monza con la decisione del 2 ottobre 2013 che, rispetto alla valutazione di funzionalità afferma: «[l]a disciplina di favore voluta dal legislatore per il concordato preventivo volto a salvaguardare la continuità dell'impresa presuppone che la prosecuzione dell'attività sia funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori, nel senso che il salvataggio del valore impresa non solo non deve andare a detrimento delle ragioni dei creditori, ma deve addirittura proporsi quale soluzione migliore possibile rispetto alle altre alternative percorribili»¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Nello specifico la Corte precisa: «[c]iò che semmai appare ragionevole è ipotizzare che, per necessaria simmetria sistematica, la regola generale sulla soglia minima di accesso determini un riflesso anche sulla percentuale minima di accesso alla specifica procedura ex art. 186-*bis* che, pur non codificata, sarà ritenuta idonea a realizzare la causa concreta del concordato in continuità, non potendosi ipotizzare la coerenza di un sistema che contestualmente preveda una tipologia concordataria con soddisfazioni minimali dei creditori (ad esempio 1%), mentre per tutte le altre tipologie concordatarie pretenda percentuali di soddisfazione di almeno il 20%. Del resto, i rischi insiti nella continuità (creazione di predeuzioni in danno dei creditori anteriori) implica la necessità che, ai rischi, corrisponda una adeguata remunerazione, per cui è prevedibile che, per coerenza sistematica, la "sia pur minimale consistenza del credito" che sarà necessario proporre ai creditori affinché possa dirsi realizzata la causa in concreto del concordato in continuità si attesti su percentuali di almeno il 5%», in *Il Caso.it*, pp. 13-14.

¹⁸⁷ Sull'argomento v. A. PATTI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?*, in *Fall*, 2013, fasc. 9, pp. 1099-1107.

¹⁸⁸ Tribunale di Monza, decr., 2 ottobre 2013, in *Il Caso.it*, p. 5.

3.1.4. Il contenuto del piano ex art. 161 l. fall.

Il piano di concordato preventivo in continuità aziendale si caratterizza, rispetto a quello liquidatorio, per una maggiore attenzione nella descrizione delle modalità esecutive della proposta, per evitare che la continuità determini un danno ai creditori. L'art. 186-bis, comma 2, lett. a), prevede in particolare che: "il piano di cui all'articolo 161, secondo comma, lett. e), deve contenere anche una analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura", oltre alla descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta, come richiesto dall'art. 161, comma 2, lett. e), l. fall. Il piano quindi, più che un'indicazione delle modalità con cui il creditore intende adempiere la proposta, si configura come un vero e proprio *business plan*, contenente l'indicazione delle operazioni industriali e organizzative con le quali il debitore prevede di tornare a generare utili da destinare alla soddisfazione dei creditori. Rispetto a tali operazioni il debitore gode di massima libertà, potendo ad esempio riorganizzare la produzione o cessare parte di essa, aprire nuovi canali commerciali, riorganizzare le procedure di gestione, ecc.

Un piano economico che descriva e specifichi quanto tali mutamenti siano in grado di generare cassa per l'impresa e quali siano le previsioni economiche nel breve-medio periodo deve necessariamente essere redatto a supporto di tale riorganizzazione. Il *business plan* deve indicare nel conto economico previsionale, i costi che tale riassetto comporta, in relazione al passare del tempo, specificando in un apposito rendiconto il fabbisogno finanziario della gestione, le rispettive fonti di copertura e soprattutto i ricavi che è in grado di offrire, i quali dovrebbero crescere nel tempo fino al raggiungimento dell'equilibrio economico. La redazione dello stato patrimoniale prospettico, inoltre, è necessaria per poter accertare la sostenibilità del debito e l'incremento del valore dell'impresa nel tempo¹⁸⁹. Queste informazioni consentono ai creditori di soppesare in maniera informata e con adeguata attenzione le risorse necessarie al mantenimento dell'impresa in continuità e le previsioni sulla capacità dell'impresa di tornare a

¹⁸⁹ Cfr. M. ARATO, *op. cit.*, pp. 3554-3557.

produrre valore per garantire la loro soddisfazione. Nel caso di continuità diretta, il piano riguarda l'andamento fino al momento in cui sia raggiunto l'equilibrio finanziario. Nell'ipotesi di continuità indiretta, il piano riguarda solo la gestione aziendale fino al momento della cessione nel caso di pagamento per intero e immediato da devolvere alla soddisfazione dei creditori, mentre riguarda anche la gestione fino al pagamento di tutti i creditori nella misura oggetto di proposta, tramite i dividendi distribuiti dalla conferitaria nel caso di conferimento in una società (anche NewCo) e tramite il prezzo di cessione nel caso in cui il pagamento del corrispettivo sia dilazionato e non garantito.

Il raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario dell'impresa non comporta necessariamente il pagamento di tutti i creditori, ma consiste nel ripristino di una situazione debitori sostenibile che ponga le basi per adempiere agli obblighi assunti. È necessario quindi considerare il tempo previsto dal piano per raggiungere tali condizioni, per cui una soddisfazione quantitativamente vantaggiosa potrebbe richiedere tempi eccessivamente lunghi per l'adempimento, perdendo di attrattiva per i creditori. Ciò detto, al fine di limitare il pregiudizio dei creditori, occorre che la soddisfazione non richieda tempi eccessivamente lunghi ed in questa direzione sono intervenute due pronunce del Tribunale di Palermo e del Tribunale di Avezzano, rispettivamente in sede d'ammissione e di omologazione, hanno dichiarato la proposta inammissibile ritenendola non in grado di soddisfare la causa concreta della procedura di concordato che richiede il riconoscimento di una qualche consistenza "in tempi di realizzazione ragionevolmente contenuti"¹⁹⁰. Nello specifico nel primo caso la corte ha dichiarato l'inammissibilità di una soddisfazione in un arco temporale di quasi diciassette anni, segnalando l'esigenza di stabilire il limite di tempo ragionevole entro cui deve essere attuato il piano concordatario a tre o cinque anni¹⁹¹. Nello stesso senso si è pronunciato il Tribunale di Avezzano che, dopo aver ribadito la necessità che un piano trovi attuazione entro un arco temporale tra i tre e i cinque anni, ha precisato l'ammissibilità di una dilazione superiore qualora adeguatamente motivata e garantita contro i rischi non pronosticabili che possano

¹⁹⁰ Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall*, 2013, fasc. 2, pp. 149-155.

¹⁹¹ Tribunale di Palermo, Sez. IV, 31 ottobre 2014, in *Fall*, 2015, fasc. 7, pp. 823-825.

compromettere l'attuazione del piano. Nel caso di specie la corte ha ritenuto inammissibile la proposta caratterizzata da un piano con una durata di sette anni, in assenza di un'adeguata garanzia finalizzata a scongiurare i rischi non prevedibili¹⁹². Dalle decisioni qui esaminate si desume che sia configurabile un margine di valutazione del tribunale se il termine di adempimento è manifestamente inidoneo al soddisfare la causa concreta, fermo restando che il tempo dell'adempimento rientra nell'ambito di valutazione esclusiva dei creditori nel giudizio di convenienza.

3.2. La relazione del professionista

Il debitore insieme alla domanda di concordato in continuità aziendale, deve presentare il piano attraverso il quale vuole dare attuazione alla proposta e la relazione del professionista, con la sola eccezione del c.d. concordato con riserva in cui tale presentazione può avvenire in un momento successivo. La relazione del professionista, come previsto dall'art. 161, comma 3, deve contenere le attestazioni di veridicità dei dati aziendali e di fattibilità del piano. Per il giudizio di fattibilità del piano è essenziale una corretta analisi dei *budgets* connessi alla prosecuzione dell'attività, per cui l'attestatore deve porre particolare attenzione ai criteri utilizzati per la previsione di andamento economico-finanziario e per le modalità di copertura dei costi necessari alla prosecuzione dell'attività d'impresa. La relazione del professionista, nel caso di concordato in continuità, ai sensi dell'art. 186-*bis*, comma 2, lett. b), 1. fall., deve contenere l'attestazione che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista nel piano sia funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori. Il professionista, oltre a valutare la correttezza dei dati riportati dal debitore e l'effettiva realizzabilità del piano presentato come nell'ipotesi di concordato liquidatorio, deve anche accertare che la proposta così come strutturata nel piano sia in concreto la miglior soluzione praticabile per la soddisfazione dei creditori. Rispetto a tale attestazione, il compito del professionista è certamente complesso, ma ragionevole se, gli si chiedi di attestare che, sulla base delle informazioni disponibili a seguito della sua

¹⁹² Tribunale di Avezzano, 22 ottobre 2014, in Fall., 2015, fasc. 7, pp. 842-845.

indagine, al momento in cui questa viene rilasciata, il mantenimento della continuità aziendale consentirà di soddisfare i creditori in misura migliore rispetto alle alternative concretamente praticabili.

La dottrina maggioritaria ritiene che la valutazione di funzionalità in relazione al giudizio del tribunale nel caso di opposizione, debba parametrarsi alla soddisfazione ottenibile nell'alternativa fallimentare, valorizzando il concetto di alternative concretamente praticabili, dell'art. 180, comma 4¹⁹³. Come correttamente precisato: «[l]a valutazione di convenienza evidenzia come nel concordato con continuità aziendale la proposta sia legittima solo ove il debitore con la continuità diretta offra, per l'adempimento delle obbligazioni concordatarie, un *quid pluris* rispetto alla sommatoria di tutti i suoi beni presenti e futuri»¹⁹⁴. È quindi necessario che il professionista innanzitutto accerti e confronti i flussi che deriverebbero dalla liquidazione dei beni rispetto a quelli che il debitore destinerebbe ai creditori attraverso il piano concordatario in continuità. A seguito di tale giudizio di “convenienza” del piano, il professionista deve valutare nel merito l'effettiva realizzabilità dell'ipotesi di concordato così come proposta dal debitore e deve controllare che il debitore abbia predisposto un piano solido in grado di essere portato ad esecuzione con un adeguato margine di rischio.

La valutazione dei rischi e l'individuazione del margine di attuabilità sono essenziali al fine del rilascio dell'attestazione di fattibilità. La relazione deve mettere in luce quali siano stati i profili di discontinuità rispetto alla precedente gestione e procedere all'illustrazione dei mutamenti che sono alla base della fattibilità del piano, segnalando quali siano i limiti di tolleranza della proposta, oltre i quali quest'ultima non risulti più concretamente attuabile.

Qualora il piano preveda dei tempi di soddisfazione molto dilatati, la relazione del professionista deve porre particolare attenzione nel segnalare potenziali fattori di rischio collegati ad eventi lontani ed analizzare quanto questi possano mettere in discussione la realizzabilità del piano. Questi rischi devono essere valutati dal professionista congiuntamente alla predisposizione di ammortizzatori idonei ad

¹⁹³ A favore di tale lettura v. G. COVINO e L. JEANTET, *La relazione del professionista attestatore tra fattibilità del piano ed “assicurazione” del pagamento proposto nel ricorso*, in *Dirittobancario.it*, marzo 2016, p. 21; S. AMBROSINI, *op. cit.*, pp. 16-17;

¹⁹⁴ G. B. NARDECCHIA, *op. cit.*, p. 19.

attenuarli, al fine del rilascio dell'attestazione di fattibilità del piano e di funzionalità di esso al miglior soddisfacimento dei creditori¹⁹⁵.

Come nel caso di concordato liquidatorio, ma forse in maniera più accentuata in forza di quanto previsto dall'art. 186-bis, lett. b), assume un peso rilevante il carico di funzioni attribuite al professionista attestatore. Soprattutto se si guarda alla pluralità di attestazione e alle modalità di nomina, ci si può chiedere se non sussista una sproporzione delle mansioni rispetto alla configurazione del ruolo. Sarebbe molto più corretto, e funzionale a garantire la soddisfazione dei creditori, che il compimento di attività di tale importanza spettasse, se non direttamente al tribunale, quantomeno ad un soggetto da esso nominato. Proprio in tale direzione si muove il disegno di legge delega per la riforma della crisi d'impresa, che fra i poteri del tribunale prevede quello di controllo della fattibilità economica del piano¹⁹⁶.

3.3. La destinazione del patrimonio e l'inalterabilità delle cause legittime di prelazione

L'art. 160 l. fall., nell'ampliare le possibilità e l'autonomia del debitore rispetto alla formulazione della proposta tramite la possibilità di suddividere i creditori in classi, ha individuato anche il preciso limite dell'inalterabilità dell'ordine di soddisfazione previsto dalle cause legittime di prelazione¹⁹⁷. Rispetto al principio di inalterabilità dell'ordine di soddisfazione delle cause di prelazione nel concordato in continuità aziendale sono individuabili due deroghe: la moratoria

¹⁹⁵ Sul tema v. Tribunale di Avezzano, decr., 22 ottobre 2014, in *Il Caso.it*, il quale ha ritenuto inammissibile una proposta strutturata secondo un piano con una durata di 7 anni, anche perché il debitore non ha predisposto una serie adeguata di garanzie finalizzata a vanificare gli elementi di rischio non agevolmente pronosticabili, che possano incidere sulla fattibilità del piano.

¹⁹⁶ L'art. 6, lett. f), del d.d.l. n. 3671-bis, in *Senato.it*, atto n. 2861, p. 17, prevede che il Governo nell'esercitare la delega debba: "determinare i poteri del tribunale, con particolare riguardo alla valutazione della fattibilità del piano, attribuendo anche poteri di verifica in ordine alla fattibilità anche economica dello stesso, tenendo conto dei rilievi del commissario giudiziale".

¹⁹⁷ Sulla sussistenza di due diverse interpretazioni ("forte" e "debole") del rispetto delle cause legittime di prelazione v. G. D'ATTORRE, *Concordato con continuità e ordine delle cause di prelazione*, in *Giur. comm.*, 2016, fasc. 1, I, pp. 39-44.

dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca prevista alla lett. c), comma 2, dell'art. 186-*bis* e la possibilità ex art. 182-*quinquies*, di pagare i c.d. creditori strategici.

Rispetto alla regola dell'art. 2740 c.c. dell'integrale destinazione del patrimonio, occorre sottolineare quanto previsto dall'art. 186 bis l. fall. e ribadito dalla Corte d'appello di Roma nella decisione del 5 marzo 2013. Nella decisione la corte ha precisato che nel concordato con continuità aziendale, al fine di favorire il risanamento dell'impresa, sia possibile una cessione parziale dei beni, e che invece nel caso di concordato esclusivamente liquidatorio tale possibilità sia da escludere¹⁹⁸.

Tale deroga trova una giustificazione nella finalità di permettere la migliore soddisfazione dei creditori che la continuità aziendale è in grado di assicurare. Occorre inoltre comprendere se sia ammissibile una deroga anche per il maggior valore generato dalla continuità aziendale (c.d. surplus) o se invece debba essere distribuito secondo le regole previste dall'art. 2741 del codice civile.

3.3.1. La libera destinazione del surplus frutto della continuità

Ci si è chiesti se nel concordato con continuità, per la distribuzione del valore frutto della continuazione dell'attività d'impresa, valgano le stesse regole di distribuzione applicate ai proventi del bene oggetto di garanzia nel concordato liquidatorio secondo l'ordine delle cause legittime di prelazione, in forza di quanto previsto dall'art 2741 c.c., con la sola deroga della finanza esterna.

La norma prevede espressamente la possibilità di non devolvere integralmente il patrimonio, essendo una parte di esso necessaria al mantenimento dell'impresa in attività, a condizione che dalla continuità aziendale derivi una soddisfazione migliore dei creditori rispetto all'ipotesi della mera liquidazione, ma non è chiarito se nel caso di continuità il surplus frutto della continuazione dell'attività d'impresa debba attenersi alla regola dell'art. 2741 c.c.

¹⁹⁸ Corte d'appello di Roma, 5 marzo 2013, in *Il Caso.it*, la quale nell'escludere la possibilità di una proposta liquidatoria con cessione parziale dei beni, ha individuato nel concordato con continuità aziendale, a differenza di quello liquidatorio, un'espressa previsione legislativa derogatoria della regola dell'integrale devoluzione ex art 2740 c.c.

Tale questione può essere a sua volta divisa in due sottospecie:

- se sia ammissibile un pagamento attraverso gli utili generati dalla continuità aziendale dei creditori chirografari anche quando i creditori privilegiati non siano stati integralmente soddisfatti;
- se sia possibile destinare gli utili derivanti dalla continuità aziendale al patrimonio netto della società anche nel caso di non integrale soddisfazione dei creditori sociali¹⁹⁹.

Per quanto attiene la prima fattispecie, occorre ricordare quanto previsto dalla Cassazione con la sentenza n. 9373 del 8 giugno 2012, la quale ha limitato al caso di finanza esterna che non transiti per il patrimonio del debitore l'ipotesi del pagamento di creditori in deroga al rispetto dell'ordine delle cause di prelazione.

A tal proposito, in dottrina e in giurisprudenza è presente un orientamento²⁰⁰ che ritiene il plusvalore frutto della continuità aziendale non equiparabile a “finanza esterna”, poiché trova la propria origine all'interno del patrimonio del debitore e non è portato da un soggetto terzo, per cui la sua distribuzione deve sottostare alle regole previste dal rispetto dell'ordine delle cause di prelazione. A sostegno di questa lettura si indicano le seguenti ragioni:

- L'art. 2740 estende la responsabilità del debitore anche ai beni futuri, ovvero quei beni che al momento della domanda di concordato non fanno parte del patrimonio del debitore. I proventi della continuazione aziendale possono essere considerati un bene futuro da sottoporre al rispetto della regola di distribuzione del patrimonio del debitore.
- La deroga al principio dell'art. 2741 è ammissibile solamente nel caso delle esecuzioni forzate per cui non è applicabile per la distribuzione del plusvalore della continuità aziendale.
- Nel caso contrario, si verrebbe a creare un patto leonino a carico dei creditori, i quali pur sopportando i rischi della continuità non ne trarrebbero i benefici.

¹⁹⁹ Cfr. T. ARIANI, *La distribuzione del valore nel concordato in continuità*, in materiali del *Corso di perfezionamento “Il nuovo diritto fallimentare”, Le soluzioni negoziali della crisi d'impresa fra presente e futuro*, 9 e 23 febbraio 2017, direzione scientifica I. PAGNI e L. STANGHELLINI, Università degli Studi di Firenze, pp. II- 330-340.

²⁰⁰ D. VATTERMOLI, *Concordato con continuità aziendale, absolute priority rule e new value exception*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, pp. 331-357.

A favore di tale lettura è intervenuto anche l'*obiter dictum* del Tribunale di Milano che con la decisione del 15 dicembre 2016, nel negare la possibilità di destinare ai creditori chirografari il surplus della liquidazione di un immobile rispetto al valore di stima, ha esteso tale principio prevedendo espressamente la non equiparabilità degli utili da continuità aziendale alla finanza esterna²⁰¹.

In contrasto con questa ricostruzione, parte maggioritaria della giurisprudenza²⁰² e delle dottrina²⁰³ ritiene che il surplus sia liberamente distribuibile dal debitore, argomentando la propria lettura su alcune ragioni:

- L'art. 186 bis nello stabilire che la prosecuzione dell'attività d'impresa debba essere funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori, indirettamente ammette la possibilità di distribuire liberamente i proventi della continuazione dell'attività d'impresa, purché sia garantita la distribuzione di una parte di essi ai creditori per dare esecuzione al requisito della miglior soddisfazione.
- Il concordato con continuità si conformerebbe all'art. 2740 comma 2, il quale prevede espressamente la possibilità di una limitazione della responsabilità nei casi ammessi dalla legge.
- La possibilità di tale deroga nel concordato con continuità sarebbe comunque bilanciata dalla necessità di una approvazione a maggioranza da parte dei creditori della proposta e dalla possibilità qualora non la ritengano conveniente e ne sussistano le condizioni, di presentare una proposta concorrente a quella del debitore.
- Il richiamo al patto leonino non troverebbe applicazione, essendo necessario che ai creditori sia riservato un trattamento (complessivamente e singolarmente) non deteriore rispetto a quanto riceverebbero nelle alternative concretamente praticabili, che ai creditori siano fornite adeguate informazioni

²⁰¹ Tribunale di Milano, 15 dicembre 2016, in materiali del *Corso di perfezionamento "Il nuovo diritto fallimentare"*, *Le soluzioni negoziali della crisi d'impresa fra presente e futuro*, 9 e 23 febbraio 2017, direzione scientifica I. PAGNI e L. STANGHELLINI, Università degli Studi di Firenze, pp. II- 431-434.

²⁰² Tribunale di Firenze 2 novembre 2016, Tribunale di Perugia 4 novembre 2016, Tribunale di Massa 4 febbraio 2016, in materiali del *Corso di perfezionamento "Il nuovo diritto fallimentare"*, *Le soluzioni negoziali della crisi d'impresa fra presente e futuro*, 9 e 23 febbraio 2017, direzione scientifica I. PAGNI e L. STANGHELLINI, Università degli Studi di Firenze, pp. II- 366-428.

²⁰³ G. D'ATTORRE, *Concordato preventivo e responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, pp. 356-387; M. FABIANI, *La rimodulazione del dogma della responsabilità patrimoniale e la de-concorsualizzazione del concordato preventivo*, in *Il Caso.it*, 9 dicembre 2016.

al fine di valutare il rischio della continuazione e che siano essi ad esprimersi sulla convenienza²⁰⁴.

- L'art. 160 comma 2, nel prevedere l'impossibilità della classazione di invertire l'ordine delle cause legittime di prelazione, troverebbe un'applicazione limitazione al patrimonio del debitore esistente al momento della domanda di concordato. Inoltre qualora il debitore abbia provveduto a norma dell'art. 160 comma 2, a seguito del giudizio d'omologazione e dell'effetto esdebitatorio ad esso collegato, si ritiene che le precedenti obbligazioni vengano a scomparire per essere sostituite dalle nuove obbligazioni concordatarie, in cui i creditori sono irreversibilmente degradati a chirografari. Tale effetto novativo determinando la possibilità di una libera distribuzione dei beni sopravvenuti successivamente²⁰⁵.

A favore di tale lettura si è espresso fra gli altri anche il Tribunale di Massa il quale ha ritenuto espressamente che: «le risorse liberate per mezzo dei ricavi generati dalla continuità aziendale non configurano attivo patrimoniale vincolato alla distribuzione secondo i principi di cui agli artt. 2740, 2741 c.c.»²⁰⁶.

Tale lettura sembra, ad opinione di chi scrive, adempiere in maniera più adeguata alla funzione tipica del concordato con continuazione dell'attività d'impresa, ovvero quella di garantire una migliore soddisfazione dei creditori rispetto all'alternativa concretamente praticabile consistente nello scenario liquidatorio.

Proprio in tal senso va letta, e correttamente ritenuta ammissibile, la possibilità che i proventi generati dalla prosecuzione dell'attività, una volta che siano stati in parte devoluti ai creditori al fine di garantire una soddisfazione più vantaggiosa rispetto all'alternativa liquidatoria, siano liberamente disponibili da parte del debitore, come previsto per la finanza esterna.

I proventi potranno quindi essere utilizzati dal debitore per garantire una soddisfazione ai creditori chirografari anche in assenza di un integrale pagamento

²⁰⁴ T. ARIANI, *op.cit.*, pp. II- 331-335.

²⁰⁵ Cfr. G. D'ATTORRE, *Concordato con continuità e ordine delle cause di prelazione*, in *Giur. comm.*, 2016, fasc. 1, I, pp. 39-63.

²⁰⁶ Tribunale di Massa 4 febbraio 2016, in materiali del *Corso di perfezionamento "Il nuovo diritto fallimentare"*, *Le soluzioni negoziali della crisi d'impresa fra presente e futuro*, 9 e 23 febbraio 2017, direzione scientifica I. PAGNI e L. STANGHELLINI, Università degli Studi di Firenze, p. II- 406.

dei creditori privilegiati, al fine di indurre i primi ad accettare la proposta, e potranno essere devoluti al patrimonio netto della società, essendo i soci dei creditori anch'essi nei confronti di quest'ultima, pur non avendo integralmente pagato i chirografari. Tale principio troverebbe una giustificazione nel caso in cui siano stati i soci stessi a generare il plusvalore attraverso la continuazione, del quale beneficerebbero *in primis* i creditori e che non sarebbe esistito nell'alternativa liquidatoria²⁰⁷. Ciò detto occorre segnalare che ad oggi la disciplina del concordato con continuità trova applicazione sia nel caso di continuità diretta che indiretta e mentre nel primo caso la libera distribuzione del surplus trova piena giustificazione, maggiori dubbi sussistono nel caso in cui la prosecuzione avvenga tramite terzi.

Nel concordato con continuità troverebbe una diversa applicazione il rispetto dell'ordine delle cause di prelazione ex art 2741 c.c., che sarebbe derogabile, oltre che nel caso di finanza esterna, anche in relazione ai flussi di cassa generati dalla continuità aziendale, fermo restando la necessaria devoluzione di una parte di questi ai creditori per garantire loro la miglior soddisfazione.

Tale possibilità è comunque subordinata all'approvazione della proposta da parte dei creditori e trova applicazione unicamente nell'ipotesi di concordato con continuità aziendale poiché il concordato di tipo liquidatorio non permette per sua natura di costituire un patrimonio posteriore alla domanda o comunque sufficiente a garantire una soddisfazione migliore a tutti i creditori.

Parte della dottrina si interroga sulla possibilità di garantire ai creditori strategici una soddisfazione migliore rispetto a quella attribuita ai creditori privilegiati anche dopo l'ammissione alla procedura attraverso tale meccanismo²⁰⁸. La ricostruzione si concentra sulla separazione dei patrimoni *pre* e *post* domanda, sull'effetto novativo dell'omologazione e sull'assimilazione tra la finanza

²⁰⁷ In questo senso si è pronunciato il Tribunale di Firenze, 2 novembre 2016, in materiali del Corso di perfezionamento "Il nuovo diritto fallimentare", *Le soluzioni negoziali della crisi d'impresa fra presente e futuro*, 9 e 23 febbraio 2017, direzione scientifica I. PAGNI e L. STANGHELLINI, Università degli Studi di Firenze, pp. II- 366-385.

²⁰⁸ G. D'ATTORRE, *Concordato con continuità e ordine delle cause di prelazione*, in *Giur. comm.*, 2016, fasc. 1, I, pp. 39-63.

esterna²⁰⁹ e il c.d. *quid pluris* del concordato in continuità individuabile nei proventi della continuazione aziendale.

Il plusvalore frutto dei proventi della prosecuzione dell'attività d'impresa costituisce un secondo patrimonio posteriore alla domanda, sottratto quindi alle regole previste dagli artt. 2740 e 2741 c.c. che regolano il rapporto dei creditori unicamente per il patrimonio anteriore, ma comunque destinato ai creditori, anche se solo in parte, al fine di garantire loro quel beneficio ulteriore caratteristico del concordato in continuità. La parte restante del patrimonio può invece essere utilizzata per assicurare una soddisfazione dei creditori strategici migliore rispetto a quella dei creditori privilegiati, senza violare il principio di *par condicio* e le cause legittime di prelazione.

3.3.2. La moratoria del pagamento dei creditori prelatizi

La soddisfazione dei creditori con prelazione nel concordato in continuità è sottoposta ad un particolare regime. L'art. 186-*bis*, comma 2, lett. c) recita: “il piano può prevedere, fermo quanto disposto dall'art. 160, secondo comma, una moratoria fino a un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. In tal caso, i creditori muniti di cause di prelazione di cui al periodo precedente non hanno diritto di voto”.

La norma prevede un *favor* per il concordato in continuità, permettendo al debitore, oltre alla possibilità ex art. 160, comma 2, di soddisfare in maniera parziale i creditori prelatizi per incapacienza del bene, di non pagare per un limitato periodo di tempo i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca su beni capienti di cui il piano non preveda la liquidazione, destinando tali risorse alla

²⁰⁹ G. D'ATTORRE, *op.cit.*, pp. 46-47, segnala l'esistenza di una corrente dottrinale che anche rispetto alla finanza esterna individua un limite posto dal rispetto dell'ordine delle cause di prelazione, seppur attenuato. Per le risorse esterne sarebbe comunque necessario il rispetto dell'ordine di prelazione, anche se nella sua forma attenuata. Il creditore nel destinare la risorse esterne dovrà garantire una soddisfazione pari o superiore rispetto a quella dei creditori di rango inferiore. Tale ricostruzione è incompatibile con la possibilità di disporre liberamente del plusvalore derivante dalla prosecuzione d'impresa, non sembra in grado di imporsi con forza.

prosecuzione dell'impresa, senza che la dilazione infra-annuale comporti loro il riconoscimento del diritto di voto²¹⁰.

Riferendosi all'ultima parte della norma, si può precisare che la moratoria non opera quando la prelazione si riferisce a beni destinati ad essere liquidati, per cui il beneficio del debitore non si estende ai beni non funzionali al mantenimento dell'impresa in esercizio. Il pagamento del credito munito di prelazione su un bene determinato avviene a seguito dei tempi tecnici della vendita del bene e deve essere corrisposto subito dopo di essa, sia che essa avvenga prima o dopo l'anno.

I creditori titolari di prelazione su beni non liquidati possono invece essere pagati con una dilazione fino ad un anno, senza che tale dilazione attribuisca loro un diritto di voto.

Sono sorti in dottrina dibattiti relativi all'ammissibilità di una moratoria ultrannuale e, nel caso in cui si ritenga ammissibile, quali conseguenze comporti rispetto ai creditori prelatizi. Da tale questione sono esclusi i creditori titolari di privilegi generali, il cui pagamento deve essere integrale e non può avvenire oltre il termine dell'anno, dato che il patrimonio posto a garanzia è continuamente utilizzato dal debitore che esercita l'impresa²¹¹.

Come segnala Arato: «vi è da stabilire se dal limite temporale di cui al primo periodo dell'art. 186-*bis*, 2° comma, lett. c), l. fall. debba farsi discendere l'inammissibilità di una dilazione ultrannuale dei creditori prelatizi ovvero la loro semplice esclusione dal diritto di voto ogniqualvolta sia prevista una dilazione inferiore ad un anno dall'omologazione, restando così impregiudicata l'ammissibilità di dilazioni maggiori»²¹².

²¹⁰ Sulla questione della necessità di una relazione giurata nel caso di sola soddisfazione dilazionata è intervenuta la Cass., 31 ottobre 2016, n. 22045, (v. par. 2.3.2).

²¹¹ L. STANGHELLINI, *op. cit.*, p. 1242, il quale alla nota 78 ritiene non ammissibile che il patrimonio posto a loro garanzia venga utilizzato dal debitore, con l'ineliminabile rischio di dispersione, senza che essi vengano pagati. Precisa inoltre, che il pagamento (fermo il limite dell'anno) può non essere integrale nella sola ipotesi in cui tutto il patrimonio del debitore, incluso l'utile della continuità aziendale, venga destinato ai creditori prelatizi, che con esso vengono soddisfatti solo parzialmente, mentre un terzo interviene con risorse proprie a pagare direttamente i creditori chirografari.

²¹² M. ARATO, *Questioni controverse nel concordato preventivo con continuità aziendale: il conferimento e l'affitto d'azienda, il pagamento ultrannuale dei creditori privilegiati, l'uscita dalla procedura*, in *Il Caso.it*, 9 agosto 2016, p. 14.

Sul tema dell'ammissibilità di moratoria ultrannuale si possono distinguere due visioni opposte: la prima tesi, sostenuta da parte della dottrina²¹³, afferma l'inammissibilità di una moratoria ultrannuale in base al presupposto che il legislatore abbia esplicitato la possibilità di durare "fino ad un anno", come asserito nella norma²¹⁴. Si precisa: «[s]icuramente il nostro legislatore non brilla per chiarezza espositiva e per tecnicismo, ma pare davvero troppo pensare che abbia voluto attribuire al debitore concordatario la facoltà di proporre ai creditori prelatizi una dilazione ultra annuale scrivendo nella norma che il piano può prevedere una moratoria fino ad un anno dalla omologazione, per poi negare in questo caso, il diritto di voto, per far sì che gli interpreti, come in una crittografia enigmistica, potessero dedurre che è possibile anche una dilazione ultra annuale»²¹⁵.

Opposta a questa vi è la tesi secondo cui la locuzione "in tal caso" individua nel testo dell'art. 186-*bis*, comma 2, l. fall. una portata precettiva ai soli fini del riconoscimento e dell'esclusione del diritto di voto in capo ai creditori prelatizi per i quali la proposta preveda un pagamento con moratoria infrannuale, senza dunque imporre alcuna soglia temporale massima alla dilazione²¹⁶.

Ad opinione di chi scrive, questa è la ricostruzione da seguire in quanto più coerente sia con il testo che escludendo il diritto di voto per la moratoria annuale, indirettamente riconosce la possibilità di una moratoria superiore collegata al

²¹³ G. BOZZA, *Una lettura controcorrente dell'art. 186-bis, comma secondo, lett. c) della legge fallimentare*, in *Il Caso.it*, 18 aprile 2014, il quale nella sua lettura parte del principio che in forza del richiamo fatto dall'art. 169 all'art. 55 l. fall., il cui secondo comma prevedrebbe che nel concordato preventivo come nel fallimento alla data di presentazione della domanda tutti i crediti sono da considerarsi come scaduti. Tale scadenza comporta quindi il pagamento immediato e integrale dei debiti, salvo diversa disposizione. La moratoria sembra quindi rientrare proprio nella "diversa disposizione" ma viene limitata al termine massimo di un anno e non estendibile ulteriormente, per una pluralità di ragioni, v. pp. 6-51; S. AMBROSINI, *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, in *Il Caso.it*, 4 agosto 2013, p. 12, anche se non concorde alla ricostruzione, prospetta un'altra lettura, che seppur favorevole nel ritenere non ammissibile una moratoria ultrannuale, si basa sul presupposto che la moratoria non deroga all'art. 55 l. fall. richiamato dell'art. 169. Costituendo gli interessi il compenso al sacrificio richiesto, nell'anno di dilazione, mancherebbe lo strumento per compensare la dilazione superiore.

²¹⁴ F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il "Decreto sviluppo"*, Speciale riforma, in *Il Civilista Officina del diritto*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 61, individua un limite pari ad un anno al tempo massimo della dilazione.

²¹⁵ G. BOZZA, *op. cit.*, p. 27.

²¹⁶ F. PIRISI, *La dilazione e la legittimazione al voto dei creditori assistiti da cause legittime di prelazione nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2015, fasc. 3, pp. 275-289; M. ARATO, *op. cit.*, pp. 14-15.

diritto di voto, con la finalità di garantire all'impresa in ristrutturazione un lasso di tempo sufficiente a generare flussi di cassa idonei al pagamento dei creditori²¹⁷; sia con il *favor* del legislatore verso questa forma di concordato, evidenziato dalle ultime riforme che permettono al debitore di devolvere le finanze destinate alla soddisfazione dei creditori prelatizi all'immediata continuazione dell'impresa, nell'attesa che essa torni a produrre flussi cassa nel breve-medio periodo da destinare al soddisfacimento dei creditori. A favore della moratoria ultrannuale si è orientato anche il d.d.l. delega per la riforma della legge fallimentare in discussione al Senato, dopo l'approvazione alla Camera del 1 febbraio 2017, che all'art. 6, lett. 1), precisa che in materia di concordato con continuità si deve prevedere: «che il piano può contenere, salvo che sia programmata la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, una moratoria per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca per un periodo di tempo anche superiore ad un anno, riconoscendo in tal caso ai predetti il diritto di voto»²¹⁸.

Come già approfonditamente trattato nel caso di concordato liquidatorio²¹⁹, una volta ammessa la possibilità di una moratoria superiore ad un anno, per il degrado temporale dei creditori prelatizi si pone il problema del *quantum*, ovvero di quale sia l'importo del credito a cui deve essere riconosciuto il diritto di voto.

La Corte di Cassazione²²⁰ ha individuato la quota nella “perdita economica” conseguente alla dilazione, mentre in senso parzialmente contrario è intervenuto il Tribunale di Modena che ha ritenuto ammissibile la moratoria ultrannuale unicamente nel caso in cui corrisponda ai tempi della liquidazione, oltre a sancire che in merito a quanto previsto dalla Cassazione sulla misura del credito da ammettere al voto: «il Tribunale non condivide neppure il principio, pure affermato dal giudice di legittimità secondo il quale sarebbe l'entità della perdita

²¹⁷ Nello stesso senso v. S. AMBROSINI, *op. cit.*, p. 13, il quale precisa che «la limitazione della moratoria all'anno rischia di rivelarsi un ostacolo difficilmente superabile nella costruzione di un piano di concordato in continuità (quantomeno nella forma della ristrutturazione pura): ogniqualvolta i beni sui quali insiste la garanzia siano funzionali alla prosecuzione dell'impresa, infatti, la provvista per il soddisfacimento delle pretese munite di prelazione è giocoforza fornita dai soli flussi di cassa dell'attività, i quali di regola assumono consistenza significativa solo in un orizzonte temporale di medio periodo, non certo entro l'anno dall'omologazione».

²¹⁸ d.d.l. n. 3671-bis, in *Senato.it*, atto n. 2861, p. 18.

²¹⁹ (v. par. 2.3.2).

²²⁰ Cass., 9 maggio 2014, n.10112, (v. par. 2.3.2.).

subita per il ritardato pagamento ultrannuale a determinare la misura del voto; (...) in realtà ciò che si desume dalla normativa citata [l'art. 177, comma 2 e 3] è che il voto è parametrato a quella parte di credito il cui regime ordinario muta per effetto dell'ingresso del debitore nella procedura di concordato e che può essere pertanto oggetto di modifica nella proposta; e allora, così come in caso di pagamento in percentuale del credito privilegiato il creditore vota per l'intera parte di credito degradata al chirografo, perché è quella parte nella sua interezza che può essere oggetto di pagamento parziale, mentre non vota per la parte in privilegio e coperta dal valore del bene, in quanto per questa non può che esservi prospettiva di pagamento integrale, alla stessa stregua il creditore privilegiato con privilegio capiente deve essere chiamato a votare per l'intero credito che muta per effetto del concordato, non essendo applicata la disciplina comune sulla scadenza delle obbligazioni, ma quella speciale dettata per il concordato; ne consegue altresì che se un credito privilegiato capiente viene soddisfatto in parte entro l'anno e in parte oltre tale termine l'entità del voto è parametrata alla parte dilazionata oltre l'anno»²²¹.

Tale decisione, non condivisibile rispetto al limite temporale posto alla moratoria ultrannuale, è da condividere rispetto all'ammissione al voto per tutta la parte di credito sottoposta a moratoria ultrannuale o per l'intero qualora essa riguardi tutto il credito, ritenendo non corretta l'interpretazione della Cassazione che limita il diritto di voto limitato alla perdita economica²²².

Ulteriore questione riguarda la spettanza degli interessi ai creditori garantiti durante il periodo di moratoria e se questi siano in grado di compensare la perdita subita. La corresponsione degli interessi per tutto il periodo di moratoria non è in grado di escludere la legittimazione al voto²²³, trattandosi comunque di

²²¹ Tribunale di Modena, 8 febbraio 2016, decr., in *Il Caso.it*, pp. 2-3; negli stessi termini si era pronunciato in precedenza S. AMBROSINI, *op. cit.*, p. 14. e il Tribunale di Siena, 25 luglio 2014, decr., in *Fall.*, fasc. 3, p. 275.

²²² Tale ricostruzione è stata condivisa da M. ARATO, *op. cit.* p. 19, il quale ne consiglia una lettura non in contrapposizione a quanto prevista dalla Cassazione ma come una utile e corretta precisazione;

²²³ S. BONFATTI, *La disciplina dei crediti privilegiati nel concordato preventivo con continuità aziendale*, in *Il Caso.it*, 28 ottobre 2013, pp. 31-32, ritiene di potersi qualificare come "soddisfazione non integrale" anche quella in cui si preveda una dilazione di pagamento con corresponsione degli interessi, non essendo equiparabile l'interesse del creditore ad una

pagamento dilazionato. Il diritto di voto dei creditori collegato alla moratoria ultrannuale trova applicazione sia nel caso in cui il debitore proponga una soddisfazione dilazionata con interessi compensativi, sia che non li preveda o li preveda in misura non adeguata.

3.3.3. Il pagamento dei creditori strategici

Al fine di garantire il mantenimento dei rapporti di collaborazione con fornitori essenziali e strategici, l'art. 182-*quinquies*, comma 5 prevede: “[i]l debitore che presenta domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, anche ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informazioni, a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi, se un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), attesta che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione della attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori. L'attestazione del professionista 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”.

Da tale disposizione discende la possibilità per il debitore di pagare integralmente crediti per prestazione di beni e servizi anteriori alla presentazione della domanda, anche ledendo la *par condicio creditorum*.

L'art. 182-*quinquies*, comma 5²²⁴, si applica nel caso in cui la controparte dell'imprenditore in crisi abbia già provveduto ad adempiere compiutamente la prestazione a cui era obbligata, residuando il diritto a percepire il corrispettivo²²⁵. Per i contratti di durata invece, nei quali la controparte al momento del deposito della domanda, in mancanza del pagamento precedente, non ha ancora adempiuto

soddisfazione immediata a seguito dell'omologazione con quello di una soddisfazione dilazionata con interessi.

²²⁴ Sul tema v. L. ABETE, *Il pagamento dei debiti anteriori nel concordato preventivo*, in *Fall.*, fasc. 9, pp. 1108-1120; M. FALAGIANI, *Il pagamento autorizzato di debiti anteriori nel concordato preventivo. Il nuovo art. 182 quinquies, comma 4, l. fall.*, in *Fall.*, 2014, fasc. 7, pp. 827-833.

²²⁵ L. ABETE, *op. cit.*, pp. 1108-1110.

la prestazione, occorre valutare la scindibilità della stessa. Per la parte relativa al segmento anteriore è possibile ricorrere al pagamento tramite l'art. 182-quinquies, mentre per le prestazioni non ancora ricevute si può provvedere all'esecuzione del contratto attraverso una generica autorizzazione del tribunale ad un atto di straordinaria amministrazione ex art. 161 comma 7, qualora lo si ritenga conveniente. Attraverso il pagamento si inducono i creditori strategici ad adempiere e mantenere il contratto in essere o a stipularne di nuovi, previa autorizzazione in quanto atto di straordinaria amministrazione.

Per quanto riguarda la durata del potere ex art. 182-quinquies comma 5, ad opinione di chi scrive, sembra corretto ritenere che inizi nel momento di deposito della domanda e termini a seguito del decreto d'ammissione alla procedura, potendo poi il debitore rivolgersi al giudice delegato come previsto dall'art. 167 comma 2. Tale potere può trovare applicazione anche all'ipotesi di concordato con riserva, in forza del richiamo esplicito all'art. 161 comma 6, benché questo comporti l'onere ulteriore di allegare adeguate informazioni sul piano al fine di permettere la valutazione del professionista e del tribunale²²⁶.

Per quanto concerne la misura invece, non si ritengono ammissibili forme diverse dal pagamento integrale o quello comunque necessario ad assicurarsi le prestazioni essenziali, rifiutando le tesi che ritengono che il pagamento sia quello previsto nel piano concordatario²²⁷.

È inoltre necessario che il contratto non sia sospeso né sciolto, ex art. 169-bis l. fall, mentre per l'oggetto del contratto, il concetto di "prestazione di beni e servizi" non pone limiti all'ammissibilità, dovendosi concentrare il controllo sulla sussistenza del requisito di essenzialità e funzionalità.

Affinché il pagamento avvenga, sono necessari:

- Una relazione del professionista che attesti che il pagamento del credito sia essenziale alla prosecuzione dell'attività d'impresa e funzionale alla miglior soddisfazione di creditori. Il debitore deve fornire serie e complete informazioni in grado di dimostrare la funzionalità del pagamento alla realizzazione del piano di ristrutturazione. Il giudizio del professionista riguarda sia l'essenzialità della

²²⁶ M. FALAGIANI, *op. cit.*, pp. 827-833.

²²⁷ F. LAMANNA, *op. cit.*, p. 66.

prestazione, ovvero l'incapacità dell'impresa di proseguire l'attività senza tali servizi o forniture di beni, rilevando in maniera specifica la possibilità di trovare sul mercato alternative altrettanto valide, sia l'effettiva funzionalità ad assicurare la miglior soddisfazione del ceto creditorio²²⁸. La relazione deve essere tanto più accurata quanto più è elevato l'importo del pagamento e/o l'incidenza di questo sul patrimonio del debitore. Per la valutazione di funzionalità, la soddisfazione in prededuzione del creditore strategico, rispetto all'alternativa del pagamento alle condizioni della procedura, deve necessariamente coincidere con un vantaggio generale per tutti i creditori, giustificando così la deroga alla *par condicio* e alla graduazione dei crediti concorsuali²²⁹.

È esclusa invece l'attestazione qualora il debitore provveda al pagamento tramite nuove risorse apportate senza obbligo di restituzione o con un obbligo postergato alla soddisfazione dei creditori, costituendo essa un entrata che non lede la massa patrimoniale dei creditori.

- L'autorizzazione al pagamento dal tribunale, il quale al fine di esprimere il proprio giudizio e accertare il requisito dell'essenzialità e della funzionalità, oltre a disporre delle informazioni contenute nella relazione del professionista, può assumere ulteriori sommarie informazioni qualora ritenga quelle disponibili non sufficienti²³⁰.

Non sono necessarie né l'autorizzazione né l'attestazione nel caso in cui al pagamento provveda direttamente un terzo, senza che le risorse transitino dal patrimonio del debitore²³¹.

²²⁸ Cfr. M. ARATO, *Il piano di concordato e la soddisfazione dei creditori concorsuali*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da O. CAGNASSO e L. PANZANI, Tomo III, UTET, 2016, pp. 3566-3567.

²²⁹ L. ABETE, *op. cit.*, p. 1113.

²³⁰ F. LAMANNA, *op. cit.*, p. 65; M. FALAGIANI, *op. cit.*, pp. 832-833 riconosce al tribunale un potere di verifica diretta dei presupposti, per quanto possibile, concorde a tale riconoscimento anche P. GENOVIVA, *Pagamento preferenziale dei fornitori c.d. "strategici" e contratti di durata pendenti*, in *Fall.*, 2016, fasc. 2, p. 201.

²³¹ Cfr. L. STANGHELLINI, *op. cit.*, pp. 1243-1244.

3.4. Le proposte concorrenti

Come già trattato nel concordato di tipo liquidatorio²³², l'art. 163 al comma 4 prevede la possibilità per i creditori che rappresentano singolarmente o complessivamente il 10 % dei crediti di presentare entro 30 giorni prima dell'adunanza dei creditori una proposta concorrente di concordato ed il relativo piano²³³. A tal fine è stato introdotto il dovere del tribunale con il decreto d'ammissione di ordinare al debitore di consegnare entro sette giorni al commissario giudiziale copia informatica o su supporto analogico delle scritture contabili e fiscali obbligatorie.

La legittimazione alla presentazione di proposte concorrenti trova applicazione anche nel caso in cui la qualifica di creditori avvenga per effetto di acquisizioni successive alla presentazione della domanda di concordato.

Le proposte concorrenti godono della più ampia autonomia rispetto al contenuto e trovano nel concordato in continuità un particolare ambito di applicazione, poiché sono configurabili proposte con finalità diverse.

I creditori possono aggregarsi e, con l'ausilio di un professionista, presentare una proposta alternativa da sottoporre alla votazione, ogniqualevolta ritengano la proposta del debitore non affidabile o poco conveniente. Tale possibilità trova applicazione anche nel caso di soggetto terzo che, individuando delle potenzialità nell'impresa in crisi, decida attraverso operazioni di rastrellamento di raggiungere la percentuale del 10% per presentare una proposta più conveniente, caratterizzata da una migliore ristrutturazione aziendale.

L'intento del legislatore è sia quello della tempestiva emersione della crisi, sia quello di permettere la nascita di un vero e proprio mercato competitivo delle imprese in crisi, ritenendo la continuità aziendale contendibile fra debitore e creditori qualora questi ultimi non si ritengano soddisfatti dalla proposta, anche se nella pratica la disciplina sembra condizionata da termini eccessivamente brevi e rigorosi.

²³² Al quale si rinvia (v. par. 2.5.5.).

²³³ Per un approfondimento sul tema v. G. D'ATTORRE, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, in *Fall.*, 2015, fasc. 11, pp. 1163-1180; A. ROSSI, *Il contenuto delle proposte concorrenti nel concordato preventivo (prime riflessioni)*, in *Il Caso.it*, 23 novembre 2015.

L'art. 163 comma 5 prevede un limite alle proposte concorrenti, precisando che esse non siano ammissibili se il professionista nella relazione attesti la capacità della proposta di assicurare il pagamento di almeno il 30% dell'ammontare dei crediti chirografari, mentre nell'ipotesi liquidatoria è richiesto il 40%²³⁴.

Inoltre, qualora le proposte concorrenti intervengano successivamente al deposito della relazione particolareggiata del commissario, è compito di quest'ultimo redigere una relazione integrativa ex art. 172, comma 2, 1. fall., nella quale provvede alla comparazione tra le proposte depositate e precisa quale di esse adempia meglio al requisito di funzionalità alla miglior soddisfazione dei creditori.

Ad eccezione del caso in cui la proposta assicuri effettivamente il pagamento della soglia del 30%, trova piena applicazione la possibilità per i creditori di presentare un piano alternativo a quello del debitore, diretto alla continuazione dell'attività d'impresa, nella misura in cui sottoponga ai creditori una proposta "migliorativa", eventualmente anche con l'ingresso di terzi che assicurino attraverso adeguate garanzie la migliore soddisfazione.

La possibilità di proposte concorrenti è da apprezzare in quanto funzionale alla miglior soddisfazione dei creditori. Rimane comunque da segnalare che le proposte concorrenti, anche se hanno inciso il monopolio del debitore, non lo hanno del tutto superato, poiché egli rimane l'unico soggetto legittimato a fare ricorso alla procedura di concordato preventivo, depositando la domanda introduttiva.

²³⁴ Sarà compito del tribunale nel giudizio d'ammissione e del commissario giudiziale nella propria relazione, prendere una posizione sull'effettiva capacità della proposta di raggiungere tale percentuale, e nel caso rispettivamente escludere l'ammissione alla procedura o segnalare la necessità di una rettifica della proposta del debitore.

3.5. Il controllo del commissario giudiziale e del tribunale

Il controllo sulla relazione del professionista e nello specifico sull'attestazione di miglior soddisfazione trova sostanza nella relazione e nel parere del commissario e nel controllo operato durante la procedura da parte del giudice.

È compito del commissario giudiziale indicare ai creditori e al tribunale nella relazione ex art. 172 l. fall. se la proposta adempia al requisito di funzionalità alla miglior soddisfazione dei creditori, soprattutto in relazione alle concrete possibilità di attuazione del piano. La continuità aziendale, per sua natura, comporta dei rischi ed il commissario deve controllare la corretta valutazione di essi da parte del debitore e del professionista, tenendo conto anche delle eventuali garanzie dirette a mitigarli. Qualora il commissario ritenga i rischi eccessivi, può segnalarlo al debitore, permettendogli una rimodulazione della proposta, ad esempio attraverso la diminuzione della soddisfazione prospettata. Con questo tipo di controllo, oltre al rispetto della veridicità dei dati, è garantita ai creditori una certa affidabilità sulle concrete possibilità di attuazione del piano alle condizioni in esso previste.

Il commissario nel parere ex art. 180 l. fall., prende una posizione sulla proposta, segnalando eventuali fatti successivi che possano incidere sulla fattibilità del piano e permettendo al tribunale di non provvedere all'omologazione.

Sul tema del controllo del tribunale, e nello specifico del giudizio in sede di omologazione, occorre segnalare quanto precisato dal tribunale di Avezzano, nella decisione del 22 ottobre 2014, il quale ha stabilito che in sede d'ammissione ma soprattutto d'omologazione, la corte debba eseguire un controllo sulla permanenza delle condizioni d'ammissibilità della procedura, dichiarando l'inammissibilità qualora esse non sussistano. A seguito dell'orientamento della Corte di Cassazione del 2013²³⁵, il tribunale ha riconosciuto che il controllo sulla fattibilità della proposta consista:

²³⁵ Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall*, 2013, fasc. 2, pp. 149-155, (v. par. 2.5.2.).

- nella verifica dell' idoneità della documentazione prodotta a consentire una corretta informazione dei creditori alla fine dell' espressione del voto;
- nell' accertare la fattibilità giuridica della proposta;
- nel valutare l' effettiva idoneità della proposta ad assicurare la soddisfazione della causa concreta della procedura²³⁶.

La corte ha ritenuto che il tribunale sia chiamato a verificare la sussistenza e/o persistenza delle condizioni d' ammissibilità della procedura anche nella fase di omologazione, tenendo conto delle valutazioni del commissario giudiziale nella relazione e del parere ex artt. 172 e 180 l. fall., oltre che della relazione del professionista, controllo che nel caso di specie si è spinto fino alla riqualificazione del concordato²³⁷. È giusto che il controllo sulla corretta qualificazione del concordato venga svolto già in sede d' ammissione al fine di evitare l' applicazione della disciplina di favore, come ad esempio il pagamento di un fornitore strategico, ad un piano che in realtà non sarebbe riconducibile alla continuità aziendale²³⁸.

È comunque corretto ritenere, ad opinione di chi scrive, che il giudice, anche in assenza di opposizioni dei creditori, durante il giudizio di omologazione possa esercitare un controllo esteso sul piano e sulla proposta attinente anche al profilo della fattibilità economica della stessa al fine di accertarne le concrete possibilità di attuazione, intervenendo qualora la ritenga manifestamente irrealizzabile. Questo potere non incide sul giudizio di fattibilità economica e di convenienza della proposta riservato ai creditori proprio perché limitato ai casi di manifesta

²³⁶ Cfr. G. B. NARDECCHIA, *Il concordato con garanzia e la continuità aziendale*, in *Fall.*, 2015, fasc. 7, pp. 846-847.

²³⁷ Tribunale di Avezzano, 22 ottobre 2014, in *Fall.*, 2015, fasc. 7, pp. 842-845, nel caso di specie, il tribunale, dopo aver segnalato la non attendibilità della attestazione di fattibilità, ha dichiarato la proposta di concordato non ammissibile in sede di omologazione basandosi su un duplice presupposto: eccessiva durata del piano concordato con un contratto di affitto peraltro non finalizzato alla vendita tenuto conto anche del profilo temporale e dell' errata qualificata la proposta in termini di concordato con continuità aziendale; negli stessi termini si è pronunciato In questo senso si è pronunciato il Tribunale di Firenze, 2 novembre 2016, in materiali del *Corso di perfezionamento "Il nuovo diritto fallimentare"*, *Le soluzioni negoziali della crisi d' impresa fra presente e futuro*, 9 e 23 febbraio 2017, direzione scientifica I. PAGNI e L. STANGHELLINI, Università degli Studi di Firenze, pp. II- 366-385.

²³⁸ Per un approfondimento sul tema v. M. FABIANI, *Fallimento e concordato preventivo* : Art. 2221. Vol. 2, *Il concordato preventivo*, in *Commentario del codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. DE NOVA, 2014, Bologna, pp. 203-204.

irrealizzabilità, rimettendo così alla valutazione di questi tutti quei casi in cui l'irrealizzabilità al momento del giudizio non sia certa²³⁹.

Occorre segnalare che il disegno di legge in discussione al Senato di riforma della legge fallimentare, sul tema del giudizio riservato al tribunale, si distacca dal presente orientamento giurisprudenziale, prevedendo tra i poteri del tribunale all'art. 6 comma 1 lett. f), un pieno controllo sulla fattibilità economica, tenuto conto dei rilievi del commissario giudiziale.

L'art. 186-bis ultimo comma richiede al tribunale, qualora accerti che la prosecuzione dell'attività d'impresa si sia interrotta o sia diventata dannosa per i creditori, di avviare il procedimento di revoca dell'ammissione al concordato previsto dall'art. 173 l. fall., se il debitore attraverso una modifica alla proposta non ripristini la convenienza della stessa.

²³⁹ Questo orientamento è stato ribadito Cass., 4 maggio 2016, n. 8799, e Cass., 12 giugno 2016, n. 12964, entrambe in *IlCodiceDeiConcordati.it*.

Conclusioni

Allo stato attuale la disciplina del concordato preventivo risulta caratterizzata da due tipologie distinte di concordato, il concordato liquidatorio e quello con continuità aziendale, entrambe dirette alla regolazione della crisi d'impresa permettendo la soddisfazione dei creditori, con modalità e regole attuative diverse, fermo restando il principio d'autonomia del debitore nella strutturazione della proposta.

Per il concordato liquidatorio, sono riconoscibili diverse fasi storiche della disciplina; una prima fase, dal 1942 fino alla riforma operata nel 2005, in cui l'istituto del concordato preventivo di tipo liquidatorio era caratterizzato dalla forma di concordato con cessione di beni, in cui il debitore offriva ai creditori la totalità dei beni presenti nel proprio patrimonio, prospettando il raggiungimento della percentuale minima del 40%. In forza di quanto affermato nell'art. 186 secondo comma, che prevedeva che il concordato con cessione di beni non si risolvesse qualora a seguito della liquidazione fosse ricavata una percentuale inferiore a quella del 40 per cento, la pratica ha dimostrato che l'obbligo effettivamente assunto dal debitore più che quello della soddisfazione di tale percentuale fosse quello di trasferire la totalità dei beni ai creditori.

Nella seconda fase, con le riforme del 2005-2007 e del 2012, si è cambiato totalmente indirizzo, limitando il controllo del tribunale e valorizzando il principio di autonomia contrattuale tra debitore e creditore, senza imporre per la soddisfazione dei creditori alcuna percentuale da rispettare, purché dall'accordo derivasse una soluzione migliore rispetto alle alternative concretamente praticabili, e quindi alla liquidazione fallimentare. L'introduzione del silenzio-assenso e l'anticipazione delle protezioni al debitore riconosciute dal concordato in bianco hanno facilitato l'abuso dello strumento concordatario, riducendo la soddisfazione dei creditori. Parallelamente a tali interventi, al fine di correggere l'uso distorto del concordato, nel quale la percentuale minima promessa ma soprattutto effettivamente pagata era spesso irrisoria, sono intervenute una serie di pronunce da parte della giurisprudenza. Il Tribunale di Roma nel 2008 ha richiesto una percentuale non irrisoria, mentre la sentenza delle Sezioni Unite

della Corte di Cassazione del 2013, nel definire i poteri di valutazione del tribunale, ha confermato la necessità di una soddisfazione minimale dei creditori al fine di adempiere alla causa concreta. Concordando con tale necessità alcuni tribunali hanno ritenuto non sufficienti percentuali di soddisfazione nell'ordine di qualche punto e in taluni casi si sono spinti ad individuare la percentuale minima. Nella terza fase, con la riforma del 2015, il legislatore al fine di assicurare una soddisfazione ai creditori ha previsto la reintroduzione della percentuale minima per il concordato liquidatorio del 20%, ponendo un freno al principio di autonomia. Nel concordato di tipo liquidatorio è necessario che la proposta assicuri questa soddisfazione ai creditori, attribuendo al concetto di assicurare la qualificazione non di mera prospettazione ma di previsione fondata, valutabile tramite il contenuto del piano e l'attestazione del professionista. La soddisfazione della soglia minima deve avvenire necessariamente attraverso un pagamento monetario.

Si ritiene inoltre che la soddisfazione dei creditori avvenga attraverso l'integrale devoluzione del patrimonio del debitore, senza alterare l'ordine di soddisfazione dei creditori ex art. 2741 c.c., fermo restando la possibilità di una deroga unicamente nel caso di pagamento tramite finanza esterna. Per quanto riguarda i creditori prelatizi, oltre alla possibilità di una soddisfazione parziale per incapacienza, è ammissibile anche una dilazione del pagamento con conseguente acquisizione del diritto di voto.

L'inadempimento di scarsa importanza rappresenta l'unica possibilità di attenuazione della rigida regola della soddisfazione minima.

In prospettiva, l'istituto del concordato liquidatorio sembra trovare un ambito di applicazione ancor più rigoroso, avendo previsto il disegno di legge basato sulla proposta della Commissione Rordorf, ai fini dell'ammissibilità, oltre che il rispetto della soglia del 20%, anche la necessità di un apporto di risorse esterne che accrescano la soddisfazione dei creditori in misura "apprezzabile".

Per il concordato con continuità aziendale, esaminato nel terzo capitolo, si è rilevato che nel contesto attuale la continuità, attraverso la capacità di generare risorse, costituisce una diversa e migliore modalità di soddisfazione dei creditori, caratterizzata da benefici per il soggetto che vuole mantenere l'impresa in attività.

Affinché il debitore possa beneficiare del regime speciale del concordato con continuità deve dimostrare che la prosecuzione permetta una migliore soddisfazione dei creditori rispetto all'ipotesi liquidatoria. La migliore soddisfazione è determinata nel piano, che contiene una descrizione analitica dei proventi e dei costi della continuità ed è attestata dal professionista. Il debitore e l'attestatore devono quindi dimostrare la sostenibilità e la convenienza della prosecuzione dell'attività d'impresa.

Il regime del concordato con continuità aziendale, in questa logica funzionale, oltre ad i benefici necessari al mantenimento dell'impresa in attività, tra i quali la continuità contrattuale, la possibilità di pagamento dei creditori strategici e la moratoria ultrannuale con diritto di voto, consente un'applicazione più attenuata del principio di responsabilità patrimoniale previsto dagli artt. 2740 e 2741 c.c. Meno rigoroso è inoltre il rispetto dell'ordine delle cause legittime di soddisfazione in merito al surplus frutto della continuità, in forza del principio della migliore soddisfazione.

Il concordato con continuità, quando applicabile, permette di tutelare i valori secondari connessi alla continuazione dell'attività d'impresa, primo fra tutti la salvaguardia dei posti di lavoro.

La disciplina del concordato trova applicazione sia nel caso in cui al mantenimento dell'impresa in attività provveda direttamente il debitore, sia nel caso in cui l'azienda venga trasferita a terzi tramite conferimento, cessione o affitto di azienda finalizzato al successivo trasferimento, anche se sarebbe auspicabile una presa di posizione chiara della giurisprudenza su tal punto. Appurato che la continuità prescindendo dal profilo soggettivo, è corretto ritenere che sia configurabile l'ipotesi di concordato con continuità anche nel caso in cui sia prevista una liquidazione di beni non funzionali alla prosecuzione dell'impresa in modo consistente e perciò possa essere esclusa l'applicabilità della soglia minima di soddisfazione.

La valutazione dell'effettiva convenienza della proposta rimane compito esclusivo dei creditori, ai quali viene concessa la possibilità di presentare una proposta alternativa a quella del debitore che preveda una diversa ristrutturazione aziendale in grado di garantire una migliore soddisfazione.

Al fine di poter applicare la disciplina è necessario accertare che non ci si trovi in una situazione di continuità fittizia ed è compito del commissario giudiziale e soprattutto del giudice valutare l'effettività della situazione, intervenendo qualora questa non sussista.

Anche in forza della grande autonomia lasciata al debitore, nella pratica si riscontra un uso non corretto del procedimento di concordato, ricorrendo a questo strumento quando la situazione economico-finanziaria dell'impresa sia ormai profondamente aggravata e si versi in una situazione di profonda crisi, se non già di vera e propria insolvenza. Questa condizione comporta il rischio per i creditori che si producano unicamente ulteriori perdite di valore a causa dei tempi necessari affinché la procedura venga portata a compimento, dei compensi dei professionisti e della nascita di crediti prededucibili.

Anche se con l'ultima riforma sembra timidamente iniziata un'anticipazione dei tempi di ricorso della procedura, è comunque essenziale predisporre una serie di c.d. misure di allerta, affinché queste forme di composizione della crisi possano riuscire a garantire una soddisfazione adeguata ai creditori, evitando di trasformare la procedura in un mezzo diretto unicamente ad evitare il fallimento.

Una tempestiva emersione della crisi, che eviti l'ulteriore produzione di perdite, permette nel caso di concordato liquidatorio di scongiurare l'azzeramento del patrimonio da destinare alla soddisfazione dei creditori e nel caso di concordato in continuità di invertire l'andamento al fine di garantire una adeguata soddisfazione dei creditori e il risanamento dell'impresa il prima possibile. Il legislatore è orientato verso una preferenza per le procedure concorsuali in grado di salvaguardare i valori dell'impresa e soprattutto in questo caso è essenziale la tempestiva emersione della crisi. Proprio in tale direzione si orienta il d.d.l. approvato dalla Camera nel febbraio 2017 al momento in discussione al Senato, che prevede, anche se con qualche variazione rispetto a quanto originalmente previsto dalla Commissione Rordorf, le procedure di allerta all'art. 4, collegate a segnalazioni di sintomi della crisi da parte dell'organo di controllo societario o di creditori qualificati.

Risulta quindi auspicabile che il legislatore provveda all'introduzione di concrete ed efficaci misure di allerta della situazione di crisi, permettendo una corretta

applicazione dello strumento concordatario al fine di garantire un'adeguata soddisfazione dei creditori e impedire, o quantomeno limitare, il propagarsi della situazione di crisi tra i vari operatori economici.

Bibliografia

- ABETE L., *Il pagamento dei debiti anteriori nel concordato preventivo*, in *Fall.*, fasc. 9, pp. 1108-1120.
- ALESSI C., *Autonomia privata nel concordato preventivo e ruolo del tribunale*, in *Giur. comm.*, 2014, fasc. 3, II, pp. 443-457.
- AMBROSINI S., *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, in *Il Caso.it*, 4 agosto 2013.
- AMBROSINI S., *La disciplina della domanda di concordato preventivo nella “miniriforma” del 2015*, in *Il Caso.it*, 20 agosto 2015.
- AMBROSINI S., *Il diritto della crisi d’impresa nella legge n. 132 del 2015 e nelle prospettive di riforma*, in *Il Caso.it*, 30 novembre 2015.
- AMBROSINI S., *Il nuovo concordato preventivo alla luce della “miniriforma” del 2015*, in *Dir. fall.*, 2015, fasc. 5, pp. 359-385.
- AMBROSINI S., *Il concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali, Le altre procedure concorsuali*, Volume IV, diretto da F. VASSALLI, F. P. LUISO e E. GABRIELLI, Giappichelli, 2014, pp. 168-209.
- ARATO M., *La domanda di concordato preventivo*, in *Crisi d’impresa e procedure concorsuali*, diretto da O. CAGNASSO e L. PANZANI, Tomo III, UTET, 2016, pp. 3284-3442.
- ARATO M., *Il piano di concordato e la soddisfazione dei creditori concorsuali*, in *Crisi d’impresa e procedure concorsuali*, diretto da O. CAGNASSO e L. PANZANI, Tomo III, UTET, 2016, pp. 3444-3575.
- ARATO M., *Questioni controverse nel concordato preventivo con continuità aziendale: il conferimento e l’affitto d’azienda, il pagamento ultrannuale dei creditori privilegiati, l’uscita dalla procedura*, in *Il Caso.it*, 9 agosto 2016.
- ARIANI T., *La distribuzione del valore nel concordato in continuità*, in materiali del *Corso di perfezionamento “Il nuovo diritto fallimentare”*, *Le soluzioni negoziali della crisi d’impresa fra presente e futuro*, 9 e 23 febbraio 2017, direzione scientifica I. PAGNI e L. STANGHELLINI, Università degli Studi di Firenze, pp. II- 330-340.

BARACHINI F., *Il diritto dell'impresa in crisi fra contratto, società e procedure concorsuali*, 2014, Giappichelli, Torino, (estratto).

BIANCA M., *La nuova disciplina del concordato e degli accordi di regolazione della crisi: accentuazione dei profili negoziali*, in *Dir. fall.*, 2015, fasc. 6, I, pp. 529-544.

BOGONI R., *Sub Art. 161*, in *La nuova riforma del diritto concorsuale, Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015*, Giappichelli, 2015, Torino, pp. 115-131.

BOGONI R., *Sub Art. 182*, in *La nuova riforma del diritto concorsuale, Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015*, Giappichelli, 2015, Torino, pp. 279-287.

BOLAFFIO L., *Il concordato preventivo secondo le sue tre leggi disciplinatrici*, Torino, UTET, 1932, (estratto).

BOLAFFIO L., voce *Concordato preventivo*, in *Enciclopedia Italiana (1931)*, Treccani.it.

BONELLI G., *Del fallimento: Commento al Codice di Commercio*, vol. III, Milano, 1923, (estratto).

BONELLI A., *Commissione Rordorf, crisi d'impresa: nel disegno di legge le linee guida della riforma*, 12 febbraio 2016, in *Ipsa.it*

BONELLI A., *Commissione Rordorf: per una riforma organica del fallimento*, 20 gennaio 2016, in *Ipsa.it*.

BONFATTI S., *La disciplina dei crediti privilegiati nel concordato preventivo con continuità aziendale*, in *Il Caso.it*, 28 ottobre 2013.

BOTTAI L. A., *Sub Art. 160*, in *La nuova riforma del diritto concorsuale, Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015*, Giappichelli, 2015, Torino, pp. 97-113.

BOTTAI L. A. e SPADARO M., *Sub Art. 178*, in *La nuova riforma del diritto concorsuale, Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015*, Giappichelli, 2015, Torino, pp. 267-276.

BOZZA G., *Il trattamento dei crediti privilegiati nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2012, fasc. 4, pp. 377-394.

- BOZZA G., *Una lettura controcorrente dell'art. 186-bis, comma secondo, lett. c) della legge fallimentare*, in *Il Caso.it*, 18 aprile 2014.
- BOZZA G., *Le novità telematiche del decreto sviluppo*, in *Il Caso.it.*, 28 gennaio 2013.
- BOZZA G., *Brevi considerazioni su alcune norme della ultima riforma*, in *FallimentieSocietà.it*, 2015.
- BOZZA G., *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo*, in *Fall.*, 2011, fasc. 2, pp. 182-196.
- CALANDRA BUONAURA V., voce *Concordato preventivo*, in *Enc. dir.*, 2008, Giuffrè, pp. 252-270.
- CANDIAN A., *Il processo di concordato preventivo*, Cedam, 1937, (estratto).
- CASSESE F., *Percentuale di soddisfo dei creditori chirografari nella procedura di concordato preventivo*, in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, 2014, fasc. 4 pp. 751-754.
- CENSONI P. F., *Il "nuovo" concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2005, fasc. 5, I, pp. 723-748.
- CENSONI P. F., *I limiti del controllo giudiziale sulla "fattibilità" del concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2013, fasc. 3, II, pp. 343-356.
- CENSONI P. F., *Ruolo e responsabilità del commissario giudiziale del concordato preventivo dopo le recenti modifiche della legge fallimentare e nella prospettiva della futura riforma*, in *Il Caso.it*, 7 luglio 2016.
- CIERVO A., *Ancora sul giudizio di fattibilità del piano di concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2015, fasc. 1, II, pp. 58-72.
- Circolare operativa del Tribunale di Bergamo*, n. 2/16, 3 marzo 2016, in *ODCEC.bg.it - Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Bergamo*.
- COVINO G. - JEANTET L., *La relazione del professionista attestatore tra fattibilità del piano ed "assicurazione" del pagamento proposto nel ricorso*, in *Dirittobancario.it*, marzo 2016.
- D'ATTORRE G., *Concordato con continuità e ordine delle cause di prelazione*, in *Giur. comm.*, 2016, fasc. 1, I, pp. 39-63.

D'ATTORRE G., *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, in *Fall.*, 2015, fasc. 11, pp. 1163-1180;

D'ATTORRE G., *Concordato preventivo e responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, pp. 356-387.

DE SANTIS F., *Causa «in concreto» della proposta di concordato preventivo e giudizio «permanente» di fattibilità del piano*, in *Fall.*, 2013, fasc. 3, pp. 279-286.

DI IULIO A., *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità economica del piano e sulla causa in concreto del concordato preventivo*, in *GiustiziaCivile.com*, 23 marzo 2015.

DI MAJO A., *Il percorso “lungo” della fattibilità del piano proposto nel concordato*, in *Fall.*, 2013, fasc. 3, pp. 291-293.

DIDONE A., *Le sezioni unite e la fattibilità del concordato preventivo*, in *Dir. Fall*, 2013, fasc.1, II, p.1- 41.

FABIANI M., *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d'impresa*, in *Fall.*, fasc. 3, 2016, pp. 261-269.

FABIANI M., *Fallimento e concordato preventivo : Art. 2221. Vol. 2, Il concordato preventivo*, in *Commentario del codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. DE NOVA, 2014, Bologna, (estratto).

FABIANI M., *Per la chiarezza di idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in *Fall.*, 2011, fasc. 2, pp. 172-182.

FABIANI M., *I nuovi vincoli alla proposta di concordato preventivo visti dal prisma di una “lettura difensiva”*, in *Fall.*, 2016, fasc. 5, pp. 574-585.

FABIANI M., *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in *Il Caso.it*, 6 agosto 2015.

FABIANI M., *La questione “fattibilità” del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite*, in *Fall*, 2013, fasc. 2, pp. 156-168.

FABIANI M., *La rimodulazione del dogma della responsabilità patrimoniale e la de-concorsualizzazione del concordato preventivo*, in *Il Caso.it*, 9 dicembre 2016.

FALAGIANI M., *Il pagamento autorizzato di debiti anteriori nel concordato preventivo. Il nuovo art. 182 quinquies, comma 4, l. fall.*, in *Fall.*, 2014, fasc. 7, pp. 827-833.

FERRARA F. –BORGIOLO A., *Il Fallimento*, Milano, 1995, (estratto).

FINARDI D., *La riforma del 2015 del concordato preventivo e la figura del commissario giudiziale*, in *Dir. fall.*, 2016, fasc. 2, I, pp. 487-506.

GENOVIVA P., *Pagamento preferenziale dei fornitori c.d. “strategici” e contratti di durata pendenti*, in *Fall.*, 2016, fasc. 2, pp. 196-203.

JORIO A., *Fattibilità del piano di concordato, autonomia delle parti e poteri del giudice*, in *Giur. comm.*, fasc. 6, 2012, II, pp. 1107-1122.

LAMANNA F., *La legge fallimentare dopo il “Decreto sviluppo”, Speciale riforma*, in *Il Civilista Officina del diritto*, Giuffrè, Milano, 2012.

LAMANNA F., *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. 83/2015, Speciale riforma*, in *Il Civilista Officina del diritto*, Giuffrè, Milano, 2015.

Linee Guida del Tribunale di Roma in ordine a talune questioni controversie della procedura di concordato preventivo, in *Il Caso.it*, 10 maggio 2016.

LENOCI V., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il diritto privato oggi*, a cura di P. CENDON, Giuffrè, Milano, 2010, (estratto).

LO CASCIO G., *Legge fallimentare vigente e prospettive future*, in *Fall.*, 2016, fasc. 4, pp. 385-394.

LO CASCIO G., *Il professionista attestatore*, in *Fall.*, 2013, fasc. 11, pp. 1325-1337.

LO CASCIO G., *Il concordato preventivo*, Giuffrè, Milano, 2015, (estratto).

LO CASCIO G., *Sub. art. 186-bis*, in *Codice commentato del fallimento*, III edizione, 2015, IPSOA.

MACAGNO G. P., *Il concordato preventivo riformato nel segno della continuità aziendale*, in *Fall.*, 2016, fasc. 10, pp. 1074-1084.

MACAGNO G. P., *Il concordato con continuità aziendale: il confine ultimo di un istituto sotto accusa*, in *Fall.*, 2016, fasc. 1, pp. 88-97.

MACARIO F., *Nuovo concordato preventivo e (antiche) tecniche di controllo degli atti di autonomia: l’inammissibilità della proposta per mancanza di causa*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, fasc. 6, II, pp. 736-745.

MACRÌ F., *Le recenti disposizioni in tema di concordato liquidatorio*, in *Dirittobancario.it*, settembre 2016.

MANCINELLI S., *Soddisfazione dei privilegiati e “pagamento (minimo) assicurato” dei chirografari nel concordato preventivo*, in *Osservatorio-Oci.org*.

MAFFEI ALBERTI A., *Sub. art. 186 bis*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, 6^a ed., 2013, CEDAM.

MILANO G., *La proposta di concordato preventivo con percentuale irrisoria*, in *Giur. comm.*, 2015, fasc. 4, II, pp. 839-848.

NARDECCHIA G. B., *Il concordato con garanzia e la continuità aziendale*, in *Fall.*, 2015, fasc. 7, pp. 846-852.

NARDECCHIA G. B., *La cessione dilazionata dei beni gravati da diritti di prelazione*, in *Fall.*, 2016, fasc. 3, pp. 330-336.

NARDECCHIA G. B., *La fattibilità del concordato preventivo al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Dir. fall.*, 2013, II, pp. 185-194.

NARDECCHIA G. B., *Le modifiche alla proposta di concordato*, in *Il Caso.it*, 19 ottobre 2015.

NARDECCHIA G. B., *La risoluzione del concordato preventivo*, in *Fall.*, 2012, fasc. 3, pp. 253-265.

PAGNI I., *Il controllo della fattibilità del piano di concordato preventivo dopo la sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521: la prospettiva “funzionale” aperta dal richiamo alla “causa concreta”*, in *Fall.*, 2013, fasc. 3, pp. 286-290.

PALUDETTI G., *La percentuale minima di pagamento “assicurata” e l’utilità specificatamente individuata ed economicamente valutabile*, in *Dirittobancario.it*, aprile 2016.

PATTI A., *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?*, in *Fall.*, 2013, fasc. 9, pp. 1099-1107.

PETTIROSSI V., *Il concordato preventivo: della fattispecie con continuità aziendale*, in *Dir. fall.*, 2015, fasc. 2, I, pp. 205-232.

PEZZANO A., *Il codice dei concordati e delle altre procedure concorsuali negoziali*, 2014, Giappichelli, (estratto).

PICCININI V., *I poteri del tribunale nella fase di ammissione alla procedura di concordato preventivo dopo il “decreto correttivo”*, in *Dir. fall.*, 2008, II, pp. 551-572.

PIRISI F., *La dilazione e la legittimazione al voto dei creditori assistiti da cause legittime di prelazione nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2015, fasc. 3, pp. 275-289.

PROVONI L., *Con la riforma del concordato preventivo più tutele per il ceto creditorio dell'impresa in crisi*, in *Corriere trib.*, n. 39/2015, pp. 3987-3993.

RANALLI R., *La soddisfazione parziale dei creditori privilegiati nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2014, fasc. 12, p. 1350-1361.

RATTI M. A., *Sub Art. 165*, in *La nuova riforma del diritto concorsuale, Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015*, Giappichelli, 2015, Torino, pp. 185-189.

Relazione al Re del Ministro guardasigilli (Grandi), par. 37, in GU n. 81 del 6 aprile 1942.

Relazione illustrativa al d.l. 83/2012, art. 33, in <http://www.upi.emilia-romagna.it/Lists/In%20Primo%20Piano/DispForm.aspx?ID=185>.

Relazione del Presidente Rordorf allo Schema di disegno di legge “Delega al Governo per la riforma organica della disciplina della crisi di impresa e dell’insolvenza” della Commissione Ministeriale per la riforma delle procedure concorsuali, 29 dicembre 2015, in *Osservatorio-Oci.org*.

ROSSI A., *Il contenuto delle proposte concorrenti nel concordato preventivo (prime riflessioni)*, in *Il Caso.it*, 23 novembre 2015.

SABATELLI E., *Appunti sul concordato preventivo dopo la legge di conversione del d.l. n. 83/2015*, in *Il Caso.it*, 13 novembre 2015.

SANDULLI M., *Sub Art. 160*, in *Il Concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti, Commento per articoli*, a cura di A. NIGRO, M. SANDULLI, V. SANTORO, 2014, Giappichelli, pp. 1-38.

SANDULLI M., *Sub Art. 160*, in *La riforma della legge fallimentare*, Tomo II, a cura NIGRO A. – SANDULLI M., 2006, Giappichelli, pp. 980-988.

SCARAFONI S., *Effetti della presentazione del ricorso e dell’ammissione al concordato preventivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da LUCIO, SEVERINI, GHIA, vol. IV, 2011, UTET, (estratto).

SILVESTRINI A., *La risoluzione del concordato preventivo*, in *Fall.*, 2016, fasc. 5, p. 509-518.

- SOTGIU N., *Il nuovo concordato preventivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, fasc. 6, pp. 1514-1528.
- SPADARO M., *Sub Artt. 172, 175 e 177*, in *La nuova riforma del diritto concorsuale, Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015*, Giappichelli, 2015, Torino, pp. 239-266.
- STANGHELLINI L., *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fall.*, 2013, fasc. 10, pp. 1222-1244.
- STANGHELLINI L., *Il declino del concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Giur. comm.*, 1993, Giuffrè, Milano, pp. 246-279.
- STANGHELLINI L., *L'approvazione dei creditori nel concordato preventivo: legittimazione al voto, maggioranze e voto per classi*, in *Fall.*, 2006, fasc. 9, pp. 1059-1066.
- VATTERMOLI D., *Concordato con continuità aziendale, absolute priority rule e new value exception*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, pp. 331-357.
- VECCHIONE L., *Brevi cenni sull'ammissibilità di un pagamento dilazionato dei creditori privilegiati nel concordato liquidatorio*, in *Dir. fall.*, 2015, fasc. 5, pp. 553-564.
- VELLA P., *La contendibilità dell'azienda in crisi. Dal concordato in continuità alla proposta alternativa del terzo*, in *Il Caso.it*, 2 febbraio 2016.
- ZANICHELLI V., *Il ritorno della ragione o la ragione del ritorno*, in *Il Caso.it*, 4 novembre 2015.
- ZIINO S., *Domanda di ammissione al concordato preventivo e «divieto» di azioni esecutive*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2014, 6, pp. 736-755.
- AA. VV. *Le altre procedure concorsuali. Reati fallimentari. Problematiche comunitarie e trasversali. Fallimento e fisco*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali* a cura di Umberto Apice, Giappichelli, Volume 3, 2011, (estratto).
- AA. VV., *Il concordato preventivo alla luce delle novità introdotte dall'art. 33 D.L. n. 83/2012*, 12 ottobre 2012, in *Diritto 24, Il Sole 24 Ore*.
- AA. VV., *Le procedure concorsuali minori, disciplina penale, profili fiscali*, in *Le procedure concorsuali*, a cura di G.U. TEDESCHI, UTET, 1996, (estratto).

