

# Diritto fallimentare - Il concordato preventivo

a.a. 2019 - 2020

# *Evoluzione della disciplina*

## **Art. 160 l. fall. (1942) - Imprenditore onesto ma sfortunato**

L'imprenditore che si trova in stato d'insolvenza ... può proporre ai creditori un concordato preventivo ... se:

1. è iscritto nel registro delle imprese da almeno un biennio ... ed ha tenuto una **regolare contabilità** per la stessa durata;
2. nei cinque anni precedenti **non è stato dichiarato fallito o non è stato ammesso a una procedura di concordato preventivo**;
3. **non è stato condannato** per bancarotta o per delitto contro il patrimonio, la fede pubblica, l'economia pubblica, l'industria o il commercio.

La proposta di concordato deve rispondere ad una delle seguenti condizioni:

1. che il debitore offra serie garanzie reali o personali di **pagare almeno il 40% dell'ammontare dei crediti chirografari** ...;
2. che il debitore offra al creditore per il pagamento dei suoi debiti la **cessione di tutti i beni esistenti nel suo patrimonio** ... sempreché la valutazione di tali beni faccia fondatamente ritenere che i creditori possano essere soddisfatti almeno nella misura indicata al n. 1.

# *Evoluzione della disciplina*

## **Art. 160 l. fall. (1942) - Imprenditore onesto ma sfortunato**

- Il risanamento è irrilevante: c'è già l'amministrazione controllata (che però impone il pagamento integrale, entro il biennio, di capitale e interessi)
- L'interesse dei creditori è subordinato alla sussistenza dei requisiti di ammissibilità
- Pesanti limiti all'autonomia della volontà del debitore (e dei creditori): la proposta deve rispondere a uno dei due modelli legali
- L'Autorità Giudiziaria ha un ruolo penetrante: la domanda può essere dichiarata inammissibile o non omologata anche a fronte di un consenso unanime dei creditori (anche solo per difetto di convenienza)

# *Evoluzione della disciplina*

## **Riforma 2005**

La riforma del 2005 (Decreto Competitività) muove da alcune constatazioni:

- l'inidoneità dei limiti posti all'accesso alla procedura a eliminare il rischio dell'abuso dello strumento concordatario;
- l'interesse dei creditori alla conservazione dell'azienda;
- l'esigenza di attenuare il rigore della *par condicio creditorum* (prassi postergazioni) e del principio del pagamento integrale dei creditori prelatizi.

# *Evoluzione della disciplina*

## Novella 2012

La novella del 2012 (Decreto Sviluppo) introduce il concetto di concordato con continuità, rispetto al quale interviene in due direzioni:

- limita l'accesso a procedure avventate, che prevedano una **continuità aziendale** insostenibile;
- una volta accertato che la continuità è diretta al **miglior soddisfacimento dei creditori**, la agevola in varie forme (con norme *ad hoc*, in particolare sui contratti in corso di esecuzione e con la P.A., e con la disciplina speciale della nuova finanza);
- inoltre, introduce il **concordato "in bianco"**, quale forma di procedura cautelare, vigilata, prodromica alla presentazione del piano (o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione)

# *Evoluzione della disciplina*

## Novella 2015

La miniriforma del 2015 contiene rilevanti novità:

- l'apertura del concordato alla maggiore *competitività* (proposte concorrenti e offerte concorrenti);
- una marcata restrizione dei concordati liquidatori (limite soddisfacimento minimo 20% ai creditori chirografari – art. 160, u.c.);
- una sottolineatura dell'esigenza che la proposta sia *determinata, vincolante e conveniente* (art. 161, 2°co., lett. "e").

# *Evoluzione della disciplina*

## **Riforma 2019: Codice della Crisi d'Impresa**

La riforma del 2019 contiene rilevanti novità. Limitatamente al contenuto del piano, segnaliamo:

- prevalenza del **concordato con continuità**;
- definizione del concetto di continuità (diretta e indiretta);
- deciso *favor* per la **conservazione dei livelli occupazionali**;
- concordato liquidatorio subordinato all'apporto di significative **risorse esterne** e comunque con soglia minima del 20% ai creditori chirografari;
- disciplina del concordato dei gruppi (norme procedurali e convenienza complessiva/vantaggi compensativi);
- disciplina delle operazioni straordinarie (fusione e scissione), in particolare per quanto attiene l'opposizione alle medesime.

# Disciplina attuale - contenuto della proposta

## Art. 160, 1°co., lett. a), l.fall.

... un piano che può prevedere:

a) la **ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma**, anche mediante **cessione dei beni, accollo**, o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito

## Art. 4 bis, lett. c), d.l. 347/2003

Il concordato può prevedere:

c) la **ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei creditori attraverso qualsiasi forma** tecnica, o giuridica, anche mediante accollo,  **fusione o altra operazione societaria**; in particolare, la proposta di concordato può prevedere l'attribuzione ai creditori, o ad alcune categorie di essi nonché a società da questi partecipate, di azioni o quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni o altri strumenti finanziari e titoli di debito

# Disciplina attuale – contenuto della proposta

Art. 160, 1°co., lett. b), c) e d), l.fall.

... un piano che può prevedere:

- b) l'attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato ad un **assuntore**; possono costituirsi come assuntori anche i creditori o società da questi partecipate o da costituire nel corso della procedura, **le azioni delle quali siano destinate ad essere attribuite ai creditori per effetto del concordato**;
- c) la suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei;
- d) trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse.

# Disciplina attuale – contenuto della proposta

**Art. 161, 2° co., lett. e), 1.fall. (2015)**

Il debitore deve presentare con il ricorso:

e) un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta; in ogni caso, la proposta deve indicare **l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile** che il proponente si **obbliga ad assicurare** a ciascun creditore.

**Art. 160, ult. co., 1.fall. (2015)**

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**

# Disciplina attuale – contenuto della proposta

## Art. 160, 2°co., 1.fall.

La proposta può prevedere che i creditori muniti di diritto 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 indicato nella relazione giurata di un professionista...

# Disciplina attuale – contenuto della proposta

## **Il contenuto necessario:**

- ristrutturazione dei debiti e/o soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma;
- anche per mezzo di trattamenti differenziati fra i creditori suddivisi in classi;
- utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile;
- pagamento integrale dei creditori prelatizi, salva falcidia per incapacienza,
- pagamento di almeno il 20% ai chirografi, salvo che nel concordato con continuità;

## **Le modalità:**

- cessione dei beni (con o senza continuità aziendale indiretta) e soddisfazione mediante il ricavato;
- cessione dei beni all'assuntore (con o senza continuità aziendale indiretta) e soddisfazione da parte di questo nella misura concordata;
- mera ristrutturazione del debito e soddisfazione mediante i flussi (continuità diretta);
- apporti di terzi, con o senza sostituzione dell'imprenditore originario (continuità diretta).

# Disciplina attuale – contenuto della proposta

## Il contenuto necessario:

- **ristrutturazione dei debiti** e/o **soddisfazione dei crediti** attraverso qualsiasi forma
- pagamento di almeno il 20% ai chirografi, salvo che nel concordato con continuità

Si deve tener conto anche dei crediti contestati (Cass. 7.3.2017, n. 5689).

La mera ristrutturazione dei debiti non può che collocarsi in un concordato con continuità.

La facoltà di soddisfare i creditori con **modalità diverse dal pagamento** pare smentita – almeno per il concordato liquidatorio - dalla introduzione (2015) dell'ult. co. dell'art. 160 (Trib. MI 7.4.2016); la portata di questa disposizione dipende a sua volta dalla latitudine del concetto di continuità aziendale: v. ad es. l'ipotesi della cessione dell'attivo a un assunto contro soddisfazione non in denaro (concordato Parmalat: soddisfazione per mezzo dell'attribuzione di azioni di newco conferitaria degli attivi). Secondo taluni (Trib. TV 11.2.2015) i creditori ipotecari possono essere soddisfatti solo mediante pagamento.

In caso di soddisfazione con mezzi diversi dal pagamento l'indicazione della percentuale perde significato (cfr. concordato Parmalat).

# Disciplina attuale – contenuto della proposta

## Il contenuto necessario:

- ristrutturazione dei debiti e/o soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma
- **pagamento di almeno il 20% ai chirografi, salvo che nel concordato con continuità**

Per quanto attiene la soglia minima, si è detto che essa deve essere proposta fondatamente, il che equivale a “una prospettazione a metà strada fra il concetto di garanzia e quello della ragionevole previsione” (Trib. FI 8.1.2016).

È discusso se la percentuale minima del 20% debba essere attribuita alla classe meno favorita o se sia sufficiente che costituisca la percentuale media di soddisfazione del ceto chirografario (soluzione preferibile, anche alla luce della riforma Vitiello: v. art. 84, 4°co.), ferma restando l’eventuale contestazione in punto di convenienza.

Secondo una giurisprudenza di merito, la percentuale minima si applica ai prelatizi degradati, ma non necessariamente a tutte le classi (Trib. PT 29.10.2015).

In ogni caso, la percentuale offerta ai chirografari deve essere **significativa** (insufficiente il 3% per Trib. BG 4.12.2014; min. 5% per Trib. MO 3.9.2014 e Trib. PT 29.10.2015; basta 1% per Trib. SP 19.9.2013).

# Disciplina attuale – contenuto della proposta

## Il contenuto necessario:

- **utilità specificamente individuata** ed **economicamente valutabile**

La “utilità” è un concetto volutamente più ampio della “soddisfazione”, sicché può alludere anche (soltanto) alla maggiore certezza del conseguimento di una certa percentuale di pagamento (nel concordato liquidatorio) o alla certezza dei tempi di esecuzione.

Ancora nel vigore della disciplina del 1942 – quando il concordato richiedeva la prestazione di “garanzie” – di questo concetto si dava un’analoga lettura ampia, nel senso di *tutto ciò che incrementa le prospettive di soddisfazione dei creditori* (sicché era ritenuta un’adeguata garanzia anche la mera postergazione di qualche creditore).

D’altra parte, la norma non può essere svuotata di significato: l’utilizzo dell’endiadi “obbligarsi” ad “assicurare” rende evidente che la proposta debba avere (almeno) un contenuto minimo obbligatorio che potrà variare secondo il contenuto concreto della proposta dovrà essere vagliato dall’attestatore in punto di fattibilità e il suo inadempimento potrà determinare la risoluzione del concordato omologato.

Si è ad esempio deciso che anche nel concordato con continuità la norma impone che la proposta sia formulata in termini di "assicurazione" della percentuale di soddisfazione (Trib. PT 29.10.2015).

# Disciplina attuale – contenuto della proposta

## Il contenuto necessario:

- **utilità specificamente individuata** ed **economicamente valutabile**

È discusso se la nuova norma renda vincolante la percentuale prospettata nel concordato liquidatorio (lo nega Trib. PT 29.10.2015).

La norma incide (comprimendola) sulla facoltà di formulare proposte fortemente aleatorie: v. ad es. Trib. TV 11.2.2015 (ante modifica), che ha dichiarato inammissibile una proposta che prevedeva a soddisfazione dei chirografi l'emissione di obbligazioni a 15 anni.

La riforma del 2019 precisa che *“tale utilità può anche essere rappresentata dalla prosecuzione o rinnovazione di rapporti contrattuali con il debitore o con il suo avente causa”* (art. 84, 3 co. CCI): evidentemente la norma si applica al (solo) concordato con continuità.

# Disciplina attuale – contenuto della proposta

## Le modalità

- **Procedure di continuità vs. procedure liquidatorie**

Il problema della distinzione ontologica fra procedure di continuità e procedure liquidatorie nasce nella procedura di amministrazione straordinaria. Il d.lgs. 270/1999 distingue il programma di cessione da quello di ristrutturazione (art. 27, 2° co., lett. a) e b), d.lgs. 270/1999) e limita alla prima ipotesi la promovibilità delle azioni revocatorie (art. 49).

Tuttavia, col d.l. 347/2003 (procedura di ristrutturazione industriale) si prevede la revocatoria anche in presenza di un programma di ristrutturazione, *“purché si traducano in un vantaggio per i creditori”* (art. 6, d.l. 347/2003).

La Corte Costituzionale (Corte Cost. 21.4.2006) ha chiarito che la definizione del programma in termini di *“ristrutturazione”* non esclude che essa possa avvenire per mezzo di un'operazione sostanzialmente liquidatoria (nel caso di specie un concordato con assunzione).

# Disciplina attuale – contenuto della proposta

## Le modalità

- **Procedure di continuità vs. procedure liquidatorie**

Occorre dunque distinguere:

con riguardo al patrimonio del **debitore (inteso nei termini di cui all'art. 2740 c.c.)**, la procedura può:

- a) lasciarlo intatto, in tutto o in parte, oppure
- b) determinarne la liquidazione;

con riguardo alla sorte dell'**azienda**, la procedura può:

- c) consentire la prosecuzione della sua attività, oppure
- d) determinarne la cessazione.

Una procedura può dunque essere classificata in un modo o nell'altro a seconda del punto di osservazione che si voglia assumere.

Nelle decisioni sulla l. Marzano la Corte Costituzionale ha assunto il punto di vista del patrimonio del debitore (espropriato definitivamente in forza dell'assunzione).

# Disciplina attuale – contenuto della proposta

## Le modalità

- **Procedure di continuità vs. procedure liquidatorie**

La distinzione rileva anche nel concordato preventivo: se la proposta prevede la liquidazione del patrimonio, potranno applicarsi le regole proprie della liquidazione coattiva (art. 45 l.fall.), e ciò a prescindere dal fatto che la liquidazione (del patrimonio) avvenga con modalità tali da conservare la continuità aziendale.

Si pensi, ad esempio, alla inopponibilità delle cessioni di credito non notificate prima dell'iscrizione della domanda di concordato nel registro delle imprese o all'insensibilità del patrimonio alle domande giudiziali di impugnativa contrattuale costitutiva non notificate (ed eventualmente trascritte, se aventi per oggetto beni immobili) nel medesimo termine.

# Disciplina attuale – contenuto della proposta

## Le modalità

- **Il concordato con continuità**

**Art. 186 bis, 1°co., 1.fall.**

## Ipotesi nominate

- a) la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore (**continuità diretta**)
- b) la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società (**continuità indiretta**)

## Ipotesi non nominate

- c) affitto d'azienda *ante* ammissione
- d) affitto d'azienda *post* ammissione

# Disciplina attuale – contenuto della proposta

## Le modalità

- **Il concordato con continuità - *Ratio* della disciplina (del 2012)**

In una prima fase, la disciplina è stata intesa come essenzialmente volta ad evitare il ricorso avventato a procedure che comportavano (per espressa scelta strategica o di mero fatto) la prosecuzione dell'attività.

L'imposizione dell'attestazione del "miglior soddisfacimento", assieme ai prospetti contabili richiesti dalla norma (conto economico e cash-flow previsionali), avrebbero dovuto essere adeguato presidio al rischio di avviare procedure nelle quali le perdite di periodo avrebbero eroso gravemente le prospettive di soddisfacimento dei creditori; o nelle quali la mancanza di fonti di finanziamento avrebbe determinato l'arresto anticipato e traumatico dell'attività.

Dunque, in questa prima fase la giurisprudenza ha assunto un orientamento maggioritario incline a sussumere nella fattispecie anche le ipotesi dubbie: quella del concordato con proposta di cessione dell'azienda già affittata (fattispecie nella quale il rischio d'impresa è assunto da un terzo) e quella del cd. concordato misto (nel quale sussiste un'importante componente puramente liquidatoria).

# Disciplina attuale – contenuto della proposta

## Le modalità

- **Il concordato con continuità - (segue): Ratio della disciplina (del 2015)**

Con l'entrata in vigore della norma che prevede la soglia di soddisfacimento minimo del 20%, lo scenario è mutato: il concordato con continuità rischia di divenire l'alibi per soluzioni decisamente penalizzanti per i creditori chirografari, sicché la giurisprudenza si è riorientata, in termini limitativi del suo ambito di applicazione. Nasce così il discutibile **criterio della "prevalenza"**, confermato dalla riforma del 2019, benché con un taglio "sociale":

### Art. 84, 3° co., CCI

Nel concordato in continuità aziendale i creditori vengono soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta, **ivi compresa la cessione del magazzino**. La prevalenza si considera **sempre sussistente** quando i ricavi attesi dalla continuità per i primi due anni di attuazione del piano derivano da un'attività d'impresa alla quale sono addetti **almeno la metà dei lavoratori** in forza al momento del deposito del ricorso.

... ma, nel frattempo, **smentito dalla S.C.** (Cass. 15.1.2020, n. 734).

# Disciplina attuale – contenuto della proposta

## Le modalità

- **Il concordato con continuità – Modalità della continuazione dell'attività**
- **Continuità diretta**

Il piano può prevedere:

- a) una percentuale secca (fissa) a favore dei creditori chirografari;
- b) una percentuale fissa e una aggiuntiva, in relazione al futuro andamento (utili, flussi di cassa libera, ecc.);
- c) la precisazione contenuta nell'art. 161, 2°co., lett. e), mi pare precluda una proposta del tutto aleatoria.

È discusso se i *flussi post omologa* siano da destinarsi necessariamente nel rispetto delle regole sulla gradazione dei crediti (vale a dire, prioritariamente alla soddisfazione dei creditori privilegiati): alcune decisioni hanno affermato la sostanziale equiparabilità tra le risorse esterne e quelle prodotte dalla continuità, quando sia attestato che le risorse attese dalla continuità aziendale possano apportare concreto beneficio ai creditori (Trib. PO 7.10.2015; Trib. MC 27.11.2018; *contra*, Trib. MI 15.12.2016).

# Disciplina attuale – contenuto della proposta

## Le modalità

- **Il concordato con continuità – Modalità della continuazione dell'attività**
- **Continuità diretta**

In linea generale, la continuità diretta sarà percorribile grazie allo stralcio concordatario, che dovrebbe generare una sopravvenienza attiva sufficiente a riportare il capitale al di sopra del limite minimo di legge: in caso di insufficienza della sopravvenienza generata dallo stralcio e mancando un apporto esterno (a incremento del patrimonio netto), il piano non sarebbe giuridicamente fattibile, dal momento che l'effetto previsto dall'art. 182 *sexies* cessa con l'omologazione.

I documenti contabili da allegare alla proposta (art. 186 *bis*, 2°co., lett. a) hanno la funzione di:

- a) evidenziare il risultato della prosecuzione dell'attività (conto economico previsionale), quanto meno per dimostrare che le eventuali perdite di periodo sono riassorbite dal plusvalore rinveniente dalla cessione dell'azienda in attività;
- b) dimostrare la sostenibilità finanziaria della continuità (cash flow previsionale): punto, questo decisamente più critico del precedente;
- c) solo se previsto dal piano, evidenziare la generazione dei flussi ai quali è rimesso l'adempimento.

# Disciplina attuale – contenuto della proposta

## Le modalità

- **Il concordato con continuità – Modalità della continuazione dell'attività**
- **Continuità diretta**

La continuità diretta può essere anche solo formale, essendo realizzata per mezzo di un aucap dedicato a un terzo, sovventore del concordato, che all'esito dell'omologazione acquisirà la qualità di socio (non importa se unico o non).

Se l'aucap prevede l'esclusione del diritto di opzione, la delibera deve essere presa dai soci, non potendosi applicare l'art. 185, 6°co., limitato alla proposta concorrente: (Trib. RE 28.6.2017).

# Disciplina attuale – contenuto della proposta

## Il concordato con continuità – Finanziamento della continuità

Sono previste tre diverse fattispecie di finanziamento prededucibile:

- **finanziamenti ponte – in funzione della presentazione** (art. 182 *quater*, 2° co.). Non sono limitati al concordato con continuità; la prededuzione deve essere disposta nel provvedimento di ammissione.
- **finanziamenti** accordati **in esecuzione del concordato** (art. 182 *quater*, 1° co.). Anch'essi non sono limitati al concordato con continuità; la prededuzione è implicita nell'omologa.
- **finanziamenti per la continuità aziendale** (art. 182 *quinquies*), a loro volta distinti secondo la fase in cui sono richiesti/autorizzati (a piano presentato o nella fase «in bianco»). L'autorizzazione del tribunale (e la correlativa prededucibilità) è subordinata:
  - o all'attestazione di funzionalità al miglior soddisfacimento (1° co.); compito arduo, nel caso in cui si sia ancora nella fase «in bianco»;
  - o alla sola urgenza di evitare un pregiudizio imminente e irreparabile (3° co.).

# Disciplina attuale – contenuto della proposta

## Le modalità

- **Il concordato con continuità – Modalità della continuazione dell'attività**
- **Continuità diretta**
- **Criticità**

Nel concordato con continuità diretta non dovrebbero essere applicabili le norme che sono tipiche delle procedure liquidatorie (art. 45 l.fall.).

Il debitore può giovare della moratoria *ex art. 182 bis, 2° co., lett. c)*; ma, fino al completo adempimento, non sarà possibile ottenere dal GD la cancellazione delle ipoteche.

Fino al completo adempimento, resta critica la finanziabilità della società.

Se ci sono beni da cedere è possibile (benché secondo taluni non necessario) che il tribunale nomini un liquidatore giudiziale, la cui nomina resterà iscritta nel registro delle imprese, con intuibili conseguenze reputazionali.

# Disciplina attuale – contenuto della proposta

## Le modalità

- **Il concordato con continuità – Modalità della continuazione dell'attività**
- **Continuità diretta e offerte concorrenti (art. 163 bis, l.fall.)**

È discusso se i piani di continuità diretta che conducano alla sostituzione dell'imprenditore in senso economico determinino l'applicazione dell'istituto delle offerte concorrenti ed esistono decisioni molto rigide (con declaratoria di inammissibilità)

In linea di massima si potrebbe ritenere che:

- a) la mera sostituzione della compagine sociale, che avvenga con modalità trasparenti, **non comporta** l'applicazione della norma, mentre
- b) strutture concordatarie che finiscano per determinare il trasferimento della proprietà degli assets rilevanti a un terzo, al di fuori della *disclosure* del piano, siano inammissibili.

Il tutto, però, senza dimenticare che i creditori restano gli unici legittimati a valutare la convenienza della proposta.

# Disciplina attuale – contenuto della proposta

## Le modalità

### **Il concordato con continuità – Continuità indiretta**

Quando il piano prevede la cessione dell'azienda in funzionamento (o il conferimento in newco, con cessione delle relative partecipazioni), il concordato è, dal punto di vista strutturale, liquidatorio, nel senso che, all'esto della sua esecuzione, la società debitrice va estinta.

Alla sua esecuzione si applicheranno dunque le norme processuali sulla liquidazione concordataria (art. 182 l.fall.), ferma invece l'applicabilità delle norme sul concordato con continuità (esenzione soglia minima; moratoria crediti prelatizi, continuità contratti, finanziamenti prededucibili, ecc.).

# Disciplina attuale – contenuto della proposta

## Le modalità

- **Il concordato con continuità – Continuità indiretta**
- **Affitto d'azienda**

Di recente la S.C. ha risolto i dilemmi che agitavano dottrina e giurisprudenza circa la rilevanza dell'affitto d'azienda - in particolare quello ante proposta - per la qualificazione del concordato in termini di continuità.

*Il concordato con continuità aziendale è configurabile anche quando l'azienda sia già stata affittata o sia destinata ad esserlo, rivelandosi affatto indifferente la circostanza che, al momento dell'ammissione alla suddetta procedura concorsuale o del deposito della relativa domanda, l'azienda sia esercitata dal debitore o, come nell'ipotesi dell'affitto della stessa, da un terzo, in quanto il contratto d'affitto - recante, o meno, l'obbligo dell'affittuario di procedere, poi, all'acquisto dell'azienda (rispettivamente, affitto cd. ponte oppure cd. puro) - può costituire uno strumento per giungere alla cessione o al conferimento dell'azienda senza il rischio della perdita dei suoi valori intrinseci, primo tra tutti l'avviamento, che un suo arresto, anche momentaneo, rischierebbe di produrre in modo irreversibile (Cass. 9.11.2018, n. 29742)*

# Disciplina attuale – contenuto della proposta

## Le modalità

- **Il concordato misto**

Nella giurisprudenza di merito è diffuso l'orientamento che si affida al cd. **criterio della prevalenza**: il concordato si considera con continuità solo se la maggior parte della provvista necessaria al soddisfacimento dei creditori deriva dalla continuità aziendale.

Tuttavia, la circostanza che la continuità debba essere orientata al miglior soddisfacimento dei creditori dovrebbe risolvere il problema alla radice, non essendoci ragione perché sia preclusa la miglior soddisfazione solo perché il valore dei beni da liquidare eccede il valore dell'azienda: se miglior soddisfazione c'è, essa non può che dipendere dal plusvalore generato dalla continuità.

Sotto questo profilo andrebbe – quanto meno – fatta qualche precisazione, distinguendo, ad esempio:

- a) la liquidazione di immobilizzazioni dalla liquidazione di rimanenze (distinzione presente nel CCI, art. 84, 3°co.);
- b) la liquidazione di beni liberi da quella di beni gravati da prelazione (soprattutto se incapiente).

# Disciplina attuale – contenuto della proposta

## Le modalità

- segue: **il concordato misto**

Di recente, la Cassazione ha statuito che

*Il concordato preventivo in cui alla liquidazione atomistica di una parte dei beni dell'impresa si accompagni una componente di qualsiasi consistenza di prosecuzione dell'attività aziendale rimane regolato nella sua interezza, salvi i casi di abuso dello strumento, dalla disciplina speciale prevista dall'art. 186-bis l.fall., che al comma 1 espressamente contempla anche detta ipotesi fra quelle ricomprese nel suo ambito; la norma in parola non prevede alcun giudizio di prevalenza fra le porzioni di beni a cui sia assegnata una diversa destinazione, ma una valutazione di idoneità dei beni sottratti alla liquidazione ad essere organizzati in funzione della continuazione, totale o parziale, della pregressa attività di impresa e ad assicurare, attraverso una siffatta organizzazione, il miglior soddisfacimento dei creditori.*

(Cass. 15.1.2020, n. 734)

# Disciplina attuale - contenuto della proposta

## Le modalità

- **Altre forme**

Il **concordato con assunzione** può essere liquidatorio o con continuità, secondo quella che è la sorte dell'azienda.

A differenza che nel concordato fallimentare (cfr. art. 124, ult. co., l.fall.), l'assuntore non può limitare la propria responsabilità (resta un successore del debitore, non della massa).

Come nel concordato fallimentare, non c'è ragione per imporre la cessione di tutto l'attivo.

Può essere prevista la liberazione definitiva del debitore (art. 184, 4°co.).

Anche il **concordato con accollo** (del passivo) può afferire all'uno o all'altro dei due tipi (con o senza continuità).

Anche qui dovrebbe essere ritenuta ammissibile la liberazione del debitore (art. 184, 4°co.).

# Disciplina attuale – contenuto della proposta

## Le modalità

- **Concordato con operazioni societarie - fusione**

In sintesi alcuni principi:

- a) non vi sono ostacoli di principio a che i soci della debitrice partecipino alla società risultante dalla fusione (è solo una questione di rapporto di cambio),
- b) né, per converso, a che la debitrice partecipi alla fusione con patrimonio netto pari a zero (nel caso in cui le passività falcidiate siano esattamente pari alle attività) o addirittura negativo;
- c) l'approvazione della proposta dovrebbe considerarsi equivalente al consenso previsto dall'art 2503 c.c.; di conseguenza,
- d) per i creditori della società debitrice, l'opposizione alla fusione dovrebbe considerarsi assorbita dall'opposizione all'omologazione (contra Trib. RA 29.10.2015; così, però, art. 116, 1°co., CCI);
- e) tuttavia, occorre tener conto della facoltà di opporsi alla fusione che permane in capo ai creditori della partecipante *in bonis* (cfr. Cass. 18.1.2018, n. 1181): è discutibile che essi siano legittimato a opporsi all'omologazione, ma certamente non ne hanno l'onere;
- f) sia che l'operazione venga deliberata in vista della procedura, sia che venga deliberata nel suo corso, la delibera dovrà essere condizionata alla definitività dell'omologazione.

# Disciplina attuale - contenuto della proposta

## Le modalità

- **Concordato con operazioni societarie - fusione**

In caso di impugnazione della fusione o del concordato (post omologa):

- a) la caducazione della fusione determinerà o l'annullamento del concordato o la sua risoluzione per inadempimento;
- b) l'irreversibilità prevista dall'art. 2504 *quater* c.c. prevale sull'effetto dissolutivo di risoluzione e annullamento del concordato (v. art. 116, 2°co., CCI);
- c) ne segue che la caducazione del concordato post iscrizione della fusione lascerebbe intatti gli effetti dell'operazione straordinaria, incidendo però sull'effetto esdebitatorio del concordato, a danno della società risultante dalla fusione.

# Disciplina attuale - contenuto della proposta

## Le modalità

- **Concordato con operazioni societarie - scissione**

La scissione può essere utilizzata:

- a) per costituire un soggetto *in bonis*, che generi i flussi per assicurare l'adempimento da parte della *bad company* scissa (Trib. MN 11.7.2014; Trib. AR, 27.2. 2015);
- b) per costituire un veicolo *in bonis*, da cedere a terzi a beneficio dei creditori (i soci della scissa si impegnano ad apportarvi quanto ricavato);
- c) per costituire un veicolo *in bonis*, le cui quote siano assegnate ai creditori a seguito di aucap (da liberarsi con compensazione dei crediti);
- d) per realizzare un concordato con assunzione (essendo da ritenersi ammissibile la cessione solo parziale dei beni all'assuntore).

## Criticità

- in ogni caso, non appare superabile la responsabilità solidale prevista dall'art. 2506 *quater*, 3°co., c.c.
- costituisce una criticità l'incertezza circa il carattere purgativo della scissione.