



LA DISCIPLINA DEL CONCORDATO PREVENTIVO

Cod. P21091

Date: 10-12 novembre 2021 (con formazione da remoto)

Gruppo C:

I limiti dell'offerta ai creditori

Con ricorso ex art. 161, co. 1, l.f. depositato in data 10/11/2021 (in pendenza di procedimento prefallimentare), la CANCELLI E RINGHIERE S.N.C. DI ESPOSITO ANTONIO E MAURO (la cui attività principale consiste nella realizzazione e posa in opera di cancelli e ringhiere in ferro) chiede l'ammissione al concordato preventivo, esponendo quanto segue.

Già da qualche anno la società versa in una situazione di difficoltà economica e finanziaria in ragione della crisi economica generale e di un progressivo calo delle commesse, e negli ultimi due anni è venuto a determinarsi un vero e proprio stato di insolvenza, aggravatosi con la morte del socio MAURO ESPOSITO in data 01/11/2020.

La società propone ai creditori un concordato che prevede, dopo il completamento dell'ultima importante commessa ancora in essere (della durata stimata in circa un anno), lo scioglimento del rapporto di lavoro con l'unico dipendente (Aldo Esposito, figlio di ANTONIO) e la liquidazione di tutti i propri beni mobili e immobili ad eccezione dell'autovettura Porsche targata AB120CD, del valore di € 50.000,00, che con la cancellazione della società dal registro delle imprese diventerà di proprietà del socio ANTONIO ESPOSITO.

L'attivo concordatario è costituito: 1) dall'utile netto dell'ultima commessa, stimato in € 50.000,00; 2) dall'incasso dei residui crediti della società, stimato (al netto della svalutazione) in € 100.000,00; 3) da attrezzature e rimanenze di magazzino della società, il cui valore è stimato in € 50.000,00; 4) dall'immobile uso ufficio sito in Napoli, Via Marco Rossi n. 10, di proprietà del socio ANTONIO ESPOSITO, messo a disposizione del concordato, il cui valore è stimato in € 75.000,00 (immobile sul quale è iscritta ipoteca dal creditore Banca Salernitana S.p.a. per un credito vantato nei confronti della società); 5) da azioni detenute dal socio ANTONIO ESPOSITO nella CAMPANA S.R.L., messe a disposizione del concordato, il cui valore è stimato in € 75.000,00. Dunque, al netto delle spese prededucibili quantificate in € 50.000,00 e di un fondo rischi di € 25.000,00, l'attivo concordatario è pari ad € 275.000,00.

Il passivo è costituito: a) dal credito ipotecario di € 100.000,00 vantato dalla Banca Salernitana S.p.a.; b) da crediti muniti di privilegio generale per € 200.000,00; c) da crediti

chirografari per € 700.000,00, di cui € 550.000,00 vantati da fornitori, ed € 150.000,00 vantati dalla Banca Casertana S.p.a.; d) dal credito di € 50.000,00 vantato dalla Banca Napoletana S.p.a., contestato nel giudizio R.G. 1000/2020 pendente dinanzi al Tribunale di Napoli.

La proposta prevede il soddisfacimento:

- del creditore ipotecario e dei creditori privilegiati nella misura del 66,66% (questi ultimi soddisfatti per complessivi € 133.333,33, pari al valore del patrimonio societario alla data della presentazione della domanda di concordato, al netto delle spese prededucibili in caso di fallimento, come da attestazione ex art. 160, co. 2, l.f.), mediante pagamento con il ricavato della liquidazione dei beni mobili e immobili inclusi nell'attivo concordatario (ad eccezione delle azioni della CAMPANA S.R.L.), entro tre anni dall'omologazione;
- del fornitore chirografario CAPRESE S.R.L. mediante l'utilità rappresentata dal non esperimento nei suoi confronti dell'azione revocatoria fallimentare (esercitabile in caso di fallimento) per il pagamento di € 30.000,00 effettuato in data 20/09/2021;
- degli altri fornitori chirografari nella misura del 15%, mediante l'attribuzione, in proporzione all'entità dei rispettivi crediti, delle azioni della CAMPANA S.R.L.;
- del creditore chirografario Banca Casertana S.p.a. mediante accollo liberatorio del debito da parte di PINA AURIEMMA (madre del socio ANTONIO ESPOSITO), che sottoscrive la proposta.

Quesiti:

- 1) La domanda di concordato è ammissibile anche se la società proponente si è sciolta ex art. 2272, co. 4, c.c. per mancata ricostruzione della pluralità dei soci?
- 2) Il concordato proposto ai creditori è liquidatorio, con continuità aziendale o misto?
- 3) L'esclusione dalla liquidazione di un bene della proponente determina l'inammissibilità della proposta?
- 4) La misura della soddisfazione offerta ai creditori chirografari è sufficiente?
- 5) La "falcidia" del credito ipotecario e dei crediti privilegiati è legittima?
- 6) Vi sono problemi di ammissibilità in relazione ai tempi di adempimento della proposta indicati nel piano?
- 7) È legittima la mancata previsione del trattamento del creditore contestato?
- 8) È legittima la mancata suddivisione dei creditori in classi?
- 9) Le utilità – diverse dal denaro – assicurate ai creditori chirografari (mancato esperimento di azione revocatoria; attribuzione di azioni di società diversa dalla proponente; accollo liberatorio del debito) sono compatibili con il dettato degli artt. 160 e 161 l.f.?
- 10) Che risposta va data alle domande che precedono laddove si tratti di "concordato semplificato" ex art. 18 d.l. 118/2021?

dott. Alessandro Nastri,
giudice nel Tribunale di Terni



LA DISCIPLINA DEL CONCORDATO PREVENTIVO
Cod. P21091
Date:10-12 novembre 2021 (con formazione da remoto)

Gruppo C:
I limiti dell'offerta ai creditori

1) La domanda di concordato è ammissibile anche se la società proponente si è sciolta ex art. 2272, co. 4, c.c. per mancata ricostruzione della pluralità dei soci?

La domanda può legittimamente provenire da una società sciolta per mancata ricostituzione della pluralità dei soci ex art. 2272, co. 4, c.c., poiché a seguito di tale scioglimento non si ha l'estinzione della società (né la sua trasformazione in impresa individuale, ove l'attività sia proseguita individualmente dal socio superstite).

“Nel caso di recesso di un socio da una società in nome collettivo composta da due soli soci, qualora quello superstite non abbia ricostituito la pluralità della compagine sociale decidendo al contempo di continuare l'attività aziendale come impresa individuale - così determinandosi lo scioglimento della società, a norma dell'art. 2272, n. 4, cod. civ. -, non si realizza una trasformazione societaria ai sensi dell'art. 2498 cod. civ., ma solo una successione tra soggetti distinti, ossia tra colui che conferisce l'azienda (la società di persone in liquidazione) e la persona fisica che ne è beneficiaria (il socio superstite)” (Cass. 496/2015).

“Considerato che la società B. DI M. G. & C. - S.A.S. è di fatto sciolta dal 19.6.2014 ex art. 2323 c.c. poiché, entro tale termine, non è stata ricreata la pluralità dei soci, dopo che, in data 19.12.2013 è deceduto a Mantova il socio accomandante Dott. L. M.; ritenuto che il verificarsi di una delle circostanze di cui all'art. 2323 c.c. non determini l'estinzione della società, ma unicamente il suo scioglimento, senza comportare modificazioni soggettive dei rapporti facenti capo all'ente, la titolarità dei quali si concentra nell'unico socio rimasto che li gestisce quindi con finalità liquidatorie; rilevato che il concordato proposto è in effetti di natura liquidatoria;[...] La domanda di concordato preventivo è ammissibile anche al verificarsi di una delle circostanze di cui all'art. 2323 c.c., posto che il venir meno della pluralità dei soci nella società in accomandita semplice non determina l'estinzione della società ma unicamente il suo scioglimento, senza comportare modificazioni soggettive dei rapporti facenti capo all'ente, la titolarità dei quali si concentra nell'unico socio rimasto che li gestisce quindi con finalità liquidatorie” (Trib. Mantova, 28 aprile 2016, in www.ilcaso.it).

Nel nostro caso, tuttavia, vi è da chiedersi se la prosecuzione dell'ultima commessa sia compatibile con le finalità liquidatorie ovvero implichi (*rectius*: abbia implicato) il conferimento dell'azienda al socio superstite e la continuazione dell'attività da parte di quest'ultimo quale titolare di impresa individuale, con gli eventuali riflessi che ciò potrebbe comportare sull'ammissibilità della proposta di concordato.

2) Il concordato proposto ai creditori è liquidatorio, con continuità aziendale o misto?

Premesso che la Suprema Corte ha recentemente chiarito che non esiste il c.d. “concordato misto”, si tratta di stabilire se la temporanea prosecuzione dell’attività di impresa sia un elemento di per sé sufficiente a sussumere il concordato nella fattispecie di cui all’art. 186-bis l.f. e se, nel caso di specie, sia configurabile un abuso con lo scopo di “aggirare” il limite minimo di soddisfazione dei creditori chirografari fissato dal comma 4 dell’art. 160 l.f. per il concordato liquidatorio.

“Il contesto normativo attuale non consente di ipotizzare un novero di possibili forme di concordato (liquidatorio, in continuità, misto con prevalenza dell’una o dell’altra componente) ma individua, più semplicemente, un istituto di carattere generale, regolato dagli artt. 160 e ss. legge fall., e una ipotesi speciale rispetto ad esso, prevista dall’art. 186-bis legge fall.. [...]. 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, dalla disciplina speciale prevista dall’art. 186-bis legge fall., che al primo comma espressamente contempla anche una simile ipotesi fra quelle ricomprese nel suo ambito; tale norma non prevede alcun giudizio di prevalenza fra le porzioni di beni a cui sia assegnato 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 simile organizzazione, il miglior soddisfacimento dei creditori” (Cass. 734/2020).

“[...] l’impossibilità di qualificare il piano come in continuità aziendale diretta, dato che la semplice “prosecuzione dell’attività in via temporanea in corso di piano” con successiva cessazione della stessa non consente certo la qualificazione del concordato in termini di continuità aziendale, con tutte le conseguenze in termini di disciplina applicabile” (Trib. Alessandria, 7 giugno 2019, in DeJure).

“È ammissibile la proposta concordataria mista che preveda una continuità cd “a tempo”” (Trib. Torre Annunziata, 29 luglio 2016, in DeJure).

“È possibile prevedere una continuità aziendale temporanea? La risposta affermativa si ricava a contrario proprio dalla disposizione testé citata, nel senso che – con il limite espresso che l’interruzione non sia prevista prima della conclusione della fase di omologazione – nulla impedisce una continuità aziendale volta ad eseguire progetti o contratti specifici che portino favorevoli risultati ai creditori, sotto forma di incasso di somme, ma anche di conservazione del valore degli assets aziendali, in vista di una successiva liquidazione o cessione a terzi, con quanto ne consegue in termini di miglior soddisfacimento dei creditori ed evitata dispersione di utilità, beni e rapporti giuridici (di lavoro in primis)” (Trib. Ravenna, 19 agosto 2014, in DeJure).

“Nel concordato liquidatorio, il debitore si libera delle proprie obbligazioni ponendo a disposizione l’intero suo patrimonio e dunque assicurando un qualche, non irrisorio, soddisfacimento dei creditori chirografari; la temporanea prosecuzione dell’esercizio avviene, in tal caso, solo “di fatto”, quale strumento di migliore valorizzazione dell’attivo, con la conseguente impossibilità di fruire dei benefici previsti dagli artt. 182-quinques e 186-bis l. fall.” (Trib. Milano, 1 marzo 2014, in www.ilfallimentarista.it).

Giova peraltro segnalare che, in base ai criteri dettati dall’art. 84 CCII, il concordato in esame dovrebbe essere certamente qualificato come liquidatorio.

3) L'esclusione dalla liquidazione di un bene della proponente determina l'inammissibilità della proposta?

La risposta a questa domanda dipende anche dalla risposta alla domanda precedente, poiché la giurisprudenza prevalente afferma l'inammissibilità – per violazione dell'art. 2740 c.c. – del concordato liquidatorio con cessione solo parziale dei beni, mentre la liquidazione di alcuni beni e non di altri è pacificamente ammissibile nel concordato con continuità aziendale.

“Ritiene il Collegio che il concordato con cessione solo parziale dei beni realizzi una violazione dell'art. 2740 cod. civ., in quanto l'effetto esdebitatorio presuppone la messa a disposizione dei creditori di tutte le attività del debitore. Proprio la presenza di tale effetto spiega l'inapplicabilità della disciplina dettata dall'art. 1977 cod. civ., che consente al debitore di cedere «tutte o alcune sue attività»; in realtà, la cessione dei beni di fonte contrattuale non ha un effetto esdebitatorio, a differenza di quanto avviene nel concordato, e consente ai creditori cessionari di agire esecutivamente anche sulle attività non cedute. Così come diversa è la situazione che si presenta nel concordato con continuità aziendale, ai sensi dell'art. 186 bis l. fall., in cui la cessione parziale dei beni è espressamente prevista proprio in relazione alla finalità perseguita dall'istituto di consentire la prosecuzione dell'attività imprenditoriale. In senso contrario, non è convincente l'argomento tratto dal testo del novellato art. 160, l. fall. - che non opera più un esclusivo e puntuale riferimento alla cessione di «tutti» i beni -, giacché la formulazione del dato normativo in termini generali si spiega in quanto la cessione è divenuta una delle forme attraverso le quali si possono attuare la prevista ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti?” (Cass. 26005/2018).

“La tesi espressa dal Tribunale è essenzialmente incentrata sulla ritenuta inammissibilità, nell'ipotesi di concordato liquidatorio, quale quello che ci occupa, di una cessione parziale dei beni. L'affermazione, ad avviso di questa Corte, deve ritenersi corretta pur alla luce dell'intervenuta modifica del concordato ad opera del legislatore del 2005, che ha reso atipica la proposta concordataria. La cessione dei beni è, tutt'ora, richiamata tra le possibili concrete modalità di regolazione delle crisi (art. 160, lett. a, l. fall.) nelle forme del concordato preventivo. Il venir meno della tipicità della proposta concordataria (il concordato con cessione dei beni nella formulazione previgente dell'art. 160 l. fall. faceva espresso riferimento alla cessione di tutti i beni del debitore), oltre alla significativa modifica della rubrica dell'art. 182 l. fall. (che disciplina la liquidazione, intitolato "cessione di beni" e non più "cessione dei beni") non consente però di ritenere ammissibile, sic et simpliciter, una cessione parziale dei beni. Detta possibilità va, infatti, valutata positivamente al fine di consentire all'imprenditore l'esercizio dell'attività economica, e dunque sempre nell'ambito di un concordato che abbia finalità conservative e non meramente liquidatorie. Tale è il senso della modifica legislativa con cui è stato introdotto l'art. 186-bis l. fall. (norma aggiunta dalla L. n. 134 del 2012 con decorrenza dall'11 settembre 2012) che ha previsto, appunto, la possibilità di cessione parziale dei beni in ipotesi di concordato con continuità aziendale, quale deroga al principio della responsabilità patrimoniale, in funzione di tutela delle esigenze di continuità dell'impresa" [...]. La Corte condivide, pertanto, gli assunti espressi dal Tribunale in ordine alla denunciata violazione dell'art. 2740 c.c. con riferimento ad una proposta concordataria con finalità liquidatorie che abbia ad oggetto una cessione parziale dei beni, posto che siffatta proposta sottrarrebbe una parte dei beni dell'imprenditore alla esecuzione dei creditori, senza che alcuna disposizione della legge fallimentare consenta tale deroga al principio sancito dall'art. 2740 c.c. Il punto di incontro, quindi, ai fini del superamento della crisi, tra le esigenze di soddisfacimento dei creditori e di tutela dell'impresa, impone il sacrificio delle ragioni dei primi solo ove si tratti di favorire la conservazione dell'impresa. L'assetto concordatario in oggetto, per l'impresa, realizza, di fatto, una sottrazione di parte del ricavato dei beni ceduti ai creditori sociali, ponendosi in contrasto, per le ragioni dianzi espresse, con l'art. 2740 c.c., né può escludersi tale circostanza valorizzando le concrete modalità attuative del piano e segnatamente il programma di rimborso ai creditori sociali?” (App. Bari, 30 novembre 2017, in DeJure).

“Va tuttavia ricordato che nel concordato con cessione dei beni l'imprenditore assume l'obbligo di porre a disposizione dei creditori l'intero patrimonio dell'impresa, e che in tale tipo di concordato, l'entità del soddisfacimento deriva dal risultato della liquidazione, sul quale non può esservi alcuna preventiva certezza. Inoltre l'inammissibilità della proposta comportante una cessione parziale dei beni può essere tratta «a contrario» dalle disposizioni di cui all'art. 186-bis l. fall., che - prevedendo la possibilità di prosecuzione dell'attività di impresa accompagnata eventualmente alla liquidazione di beni non funzionali - chiarisce l'intento del legislatore: la cessione parziale dei beni costituisce deroga legale al principio della responsabilità patrimoniale del debitore, prevista dall'art. 2740 co. 2 c.c., deroga ammessa solo nel caso di concordato in continuità in quanto giustificata dalla finalità del risanamento della impresa; con la conseguenza che, in mancanza di detta condizione non può derogarsi al principio di cui all'art. 2740 c.c. la cui violazione determina l'esito negativo del controllo sulla «fattibilità giuridica» della proposta concordataria” (App. Ancona, 23 novembre 2016, in DeJure).

*“La giurisprudenza di merito, sebbene il nuovo art. 160 l.fall. non faccia più riferimento alla totalità dei beni da cedere, reputa non conforme a legge la proposta concordataria con finalità liquidatorie che preveda il mantenimento di parte dell'attivo in capo al proponente in quanto la stessa, ponendosi in aperto contrasto con l'art. 2740 c.c., sarebbe affetta da illiceità della causa (cfr. Tribunale Roma 25.7.2012; Corte d'Appello Roma 5/3/2013, Tribunale Torino 23/12/2010, Tribunale Arezzo 8/11/2011, Tribunale Torino 5.6.2014)” (Trib. Firenze, 2 novembre 2016, in *Il fallimento*, 2017, 313).*

Va dato atto, tuttavia, di una tesi minoritaria di segno opposto.

“É ammissibile la proposta di concordato preventivo in continuità che preveda che un immobile della società non sia liquidato, benchè non sia funzionale alla continuità, a condizione che nell'attestazione circa la funzionalità della continuità al maggior soddisfacimento dei creditori si tenga conto che l'alternativa liquidatoria consentirebbe anche di destinare ai creditori il ricavato di quel bene e a condizione altresì che l'imprenditore non possa liquidare il bene predetto al di fuori del concordato e disporre quindi del ricavato a prescindere dall'adempimento del concordato stesso e prima della scadenza dei termini previsti per l'adempimento” (Trib. Udine, 27 gennaio 2020, in www.dirittodellacrisi.it).

“L'art. 160 L.F. non prevede più che, nel concordato con cessione di beni, detta cessione debba avere ad oggetto l'intero patrimonio sociale [...]. Così che, se alcuni han ritenuto che, essendo una cessione parziale dei beni comunque un'eccezione alla regola dell'art. 2740 c.c., anche sotto la nuova disciplina il concordato liquidatorio dovrebbe ritenersi comprensivo anche degli asstes non espressamente menzionati, altro e più condiviso orientamento giunge a conclusione opposta, valorizzando il nuovo dettato dell'art. 160 L.F., per il quale la proposta può prevedere la soddisfazione in tutto o in parte dei creditori, in qualsiasi forma, nonché valorizzando la svolta autonomistica della riforma del concordato, che rimette alle parti la decisione in ordine ai contenuti della proposta e alla valutazione della sua opportunità e convenienza, con la conseguenza che tutto ciò che non è contemplato nella proposta deve ritenersi escluso” (Trib. Vicenza, 13 luglio 2015, in DeJure).

“La scelta dell'imprenditore di non mettere a disposizione tutti i beni ma solo una parte degli stessi non viola alcuna regola di ordine pubblico, non trovando applicazione l'art. 2740 c.c. nella disciplina del concordato e in generale nella regolazione negoziata della crisi d'impresa, ma unicamente nell'esecuzione coattiva. L'art. 160 l.f. consente ora all'imprenditore la soluzione in qualsiasi modo della crisi d'impresa e di costruire un piano secondo schemi atipici con il solo limite della soddisfazione – seppur minima - dei creditori. La proposta è a contenuto libero, non vincolato a prescrizioni di ammissibilità e saranno i creditori a valutarne la convenienza. I creditori però devono essere in grado di percepire immediatamente la consistenza e il valore del patrimonio dell'imprenditore e il divario tra l'attivo dell'impresa e l'attivo concordatario” (Trib. Mantova, 9 ottobre 2014, in www.unijuris.it).

4) La misura della soddisfazione offerta ai creditori chirografari è sufficiente?

Anche la risposta a questa domanda dipende dalla risposta data alla domanda n. 2, salvo che si voglia adottare – al fine di valutare l'applicabilità del comma 4 dell'art. 160 l.f. – il c.d. “criterio della prevalenza”, ovvero ritenere che la natura “mista” del concordato comporti di per sé la non applicabilità del limite minimo di soddisfacimento del 20% per i creditori chirografari.

“L'adesione al postulato di cui al recente arresto della Suprema Corte, espresso con la pronuncia dell'ordinanza n. 734 del 15 gennaio 2020, alla luce del quale la presenza di una componente qualsiasi di prosecuzione dell'attività d'impresa, ancorché minimale, assegna all'ipotesi concordataria lo “statuto” della continuità disciplinato dall'art 186 bis L.F., ragion per cui il tribunale nell'esaminare un piano concordatario “misto” non deve riscontrare cosa sia preminente, essendo solo chiamato a valutare se i beni sottratti alla liquidazione possano essere organizzati in funzione della continuazione, totale o parziale, della pregressa attività di impresa in vista del miglior soddisfacimento dei creditori, si deve ritenere non risulti percorribile laddove la componente della continuità risulti del tutto modesta, in quanto in tal caso non può escludersi la possibilità per il giudice di ponderare in ogni suo aspetto l'operazione di ristrutturazione concordataria del debito e di qualificare, sulla base del piano, quale dei due modelli (liquidatorio e in continuità) previsti dalla legge fallimentare prendere a riferimento” (Trib. Bergamo, 14 luglio 2021, in www.dirittodellacrisi.it).

*“Al fine di stabilire se ad un concordato preventivo avente natura “mista” [...] sia applicabile la disciplina di cui all'art. 186 bis l.fall. ovvero quella del concordato liquidatorio, ivi compreso il limite minimo di soddisfacimento del 20% per i crediti chirografari di cui al comma 4 dell'art. 160 l. fall., occorre fare riferimento al c.d. criterio della “prevalenza”, valutando se il ricavato della liquidazione dei beni non funzionali rappresenti o meno la quota principale dell'attivo concordatario rispetto a quello derivante dalla prosecuzione dell'attività aziendale” (App. Firenze, 23 dicembre 2019, in *Il fallimento*, 2020, 572; id. Trib. Arezzo, 13 luglio 2018, in *Il fallimento*, 2018, 1359).*

*“Nell'ipotesi di concordato preventivo avente natura “mista” [...] è sempre applicabile la disciplina di cui all'art. 186-bis l.fall., con conseguente deroga al limite minimo di soddisfacimento del 20% per i crediti chirografari di cui al comma 4 dell'art. 160 l.fall., dal momento che la scelta della prevalenza della particolare disciplina prevista per la prosecuzione, anche indiretta, dell'attività produttiva è frutto di una precisa volontà del legislatore, tutte le volte che la continuità aziendale giustifichi le cautele informative di cui all'art. 186-bis, comma 2, lett. a), l.fall. e sia attestata nella relazione dell'esperto come funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori ai sensi della citata norma, comma 2, lett. b)” (Trib. Massa, 29 settembre 2016, in *Il fallimento*, 2017, 4, 429).*

*“Se non si vuole addivenire ad una interpretatio abrogans dell'art. 160 u.c. l.f. come novellato dal D.L. n. 83 del 2015, deve giocoforza concludersi che la disposizione limitativa (e quindi di stretta interpretazione) che esclude l'applicabilità della soglia quantitativa ai concordati in continuità ex art. 186-bis l.f. debba interpretarsi nel senso che la dispensa dalla soglia minima possa essere concessa nei soli casi in cui la continuazione dell'attività comporti la soggezione del ceto creditorio all'alea della prosecuzione dell'attività e, più precisamente, laddove la soddisfazione dei creditori dipenda in modo significativo, se non determinante, dai flussi reddituali e finanziari derivanti dalla continuità analiticamente descritti dal piano” (Trib. Bologna, 6 aprile 2016, in *DeJure*).*

“Nell'ipotesi di concordato cd. misto, liquidatorio e con continuità aziendale, onde evitare il ricorso abusivo alla continuità aziendale al solo scopo di aggirare la regola della soglia minima di pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari, dovrà farsi applicazione del criterio della prevalenza” (Trib. Pistoia, 29 ottobre 2015, in www.ilcaso.it).

5) La “falcidia” del credito ipotecario e dei crediti privilegiati è legittima?

La “falcidia” del credito ipotecario non appare legittima, essendone prevista la soddisfazione nella misura del 66,6% (credito di € 100.000,00; soddisfazione per € 66.000,00), laddove il valore stimato dell’immobile del socio sul quale è stata iscritta ipoteca è di € 75.000,00. Ai fini della legittimità della falcidia è quindi necessario che nella relazione ex art. 160, co. 2, l.f. venga attestato che la predetta misura di soddisfazione pari al 66% non è inferiore a quella realizzabile dal creditore ipotecario “*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*” (giòva peraltro segnalare che nel CCII, al comma 7 dell’art. 85, viene specificato che il valore di mercato deve essere a tal fine valutato “*al netto del presumibile ammontare delle spese di procedura inerenti al bene o diritto e della quota parte delle spese generali*” imputabili al bene in caso di liquidazione giudiziale)

“*Il credito nei confronti di una società di persone garantito da ipoteca rilasciata dal socio illimitatamente responsabile va riconosciuto come credito ipotecario nell’ambito del concordato preventivo della medesima società (regolato dalle disposizioni anteriori alla riforma di cui al d.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv. con modif. nella legge 14 maggio 2005, n. 80), ove va soddisfatto in misura integrale - e, comunque, nei limiti di capienza del bene ipotecato - in ragione della previsione dell’art. 177, secondo comma, legge fall. e della necessità di non prevedere un trattamento differenziato del creditore ipotecario rispetto alla procedura fallimentare; qualora ciò non avvenga, residua l’obbligazione in capo al socio per quanto non corrisposto dalla società in sede di esecuzione del concordato, non trovando applicazione la previsione di cui all’art. 184, secondo comma, legge fall. e salvo, in ogni caso, il regresso nei confronti degli altri soci coobbligati*” (Cass., SS.UU., 3022/2015; id. Cass. 21181/2020).

“*La dottrina giuridica è pressoché unanime nel sostenere che per “ricavato in caso di liquidazione” debba inevitabilmente intendersi quello ottenibile a seguito di una liquidazione fallimentare, giacché, si dice, il concordato preventivo, sia che abbia finalità di risanamento in una prospettiva di continuità sia, soprattutto, che abbia natura liquidatoria, è senza dubbio una procedura concorsuale tesa a sottrarre l’impresa al fallimento. In tale ottica, si è ancor più nettamente affermato che il valore di mercato cui si deve aver riguardo per poter definire il “ricavato in caso di liquidazione” (fallimentare) non è quello ‘oggettivo’ o ‘commerciale’ del bene, astrattamente considerato, bensì in linea di massima, quello - di per sé inferiore - concretamente determinato con riferimento all’impresa in liquidazione*” (Trib. Napoli, 13 giugno 2018, in DeJure).

La “falcidia” dei crediti privilegiati non è legittima, non potendo considerarsi “finanza esterna” l’immobile messo a disposizione dal socio (ma vi è giurisprudenza di merito di segno contrario) e i “flussi di cassa” derivanti dalla temporanea prosecuzione dell’attività di impresa.

“*Deve dunque ritenersi che in tema di concordato preventivo, a norma dell’art. 160, comma 2, I. fall, il soddisfacimento parziale dei creditori muniti di privilegio generale possa trovare un fondamento giustificativo solo nell’incapienza del patrimonio mobiliare del debitore, sicché il soddisfacimento dei creditori chirografari non può che dipendere, in tal caso, dalla presenza di beni immobili (ovviamente per la parte che non è deputata a garantire i creditori che vantino un titolo di prelazione su di essi) o da liquidità estranee al patrimonio del debitore stesso*” (Cass. 10884/2020).

“*In tema di concordato preventivo, i beni personali dei soci illimitatamente responsabili (nella specie, di una s.a.s.) non entrano automaticamente nell’attivo concordatario; tuttavia, qualora i detti soci apportino i loro beni personali, questi non possono più essere considerati in modo neutrale rispetto all’attivo patrimoniale, specie ove provengano*

dalla liquidazione di beni sui quali grava un vincolo in favore di taluni creditori sociali, sicché il ricavato della loro liquidazione deve essere destinato al soddisfacimento dei creditori prelatizi, secondo il giudizio comparativo richiesto dall'art. 160, comma 2, l. fall.” (Cass. 13391/2019).

“In relazione ad una proposta di concordato presentata da società in nome collettivo, l'apporto di liquidità ottenibile dalla vendita di immobili messi a disposizione dei soci illimitatamente responsabili deve intendersi come 'finanza esterna', considerato che l'art. 184 l. fall. - che estende a detti soci l'efficacia remissoria del concordato preventivo – si riferisce ai debiti sociali, nel senso che il pagamento della percentuale concordataria ha effetto liberatorio nei loro confronti, senza con ciò determinare l'estensione della procedura al patrimonio dei soci, che resta estraneo ad essa (v. Tribunale di Rovigo 8 luglio 2014; Cass. 30 agosto 2001 n. 11343)” (Trib. Rimini, 18 giugno 2015, in www.ilcaso.it).

“I flussi derivanti dalla continuità aziendale non costituiscono nuova finanza liberamente destinabile al ceto creditorio senza il necessario rispetto delle cause legittime di prelazione, in quanto la possibilità di destinare tali flussi al pagamento dei creditori in deroga all'art. 2740 c.c. comporterebbe la totale inapplicabilità dell'art. 160 comma 2 l.fall. (alterazione cause legittime di prelazione)” (Trib. Catania, 24 luglio 2019, in DeJure).

*“La regola generale del rispetto dell'ordine delle prelazioni contenuta nell'art. 160, comma 2, nel concordato con continuità deve essere intesa come operativamente limitata al patrimonio del debitore al momento del deposito della domanda di concordato. Nel concordato preventivo i flussi di cassa prodotti dalla continuità aziendale sono generati dalla capacità patrimoniale del debitore sicché ai sensi dell'art. 2741 c.c. devono essere destinati ai creditori concorsuali, secondo i principi normativi della graduazione dei crediti. Viceversa ai flussi di cassa prodotti da apporti esterni non è applicabile l'osservanza dei principi suddetti” (Trib. Milano, 5 dicembre 2018, in *Il fallimento*, 2019, 1087; similmente Trib. Belluno, 17 febbraio 2017, in *Il fallimento*, 2017, 861, App. Venezia, 12 maggio 2016, in www.ilcaso.it, Trib. Milano, 15 dicembre 2016, in www.ilcaso.it, e Trib. Bergamo 26 settembre 2013, in www.ilfallimentarista.it).*

*“Nel concordato preventivo con continuità aziendale, i flussi di cassa generati dalla prosecuzione dell'attività d'impresa non costituiscono finanza c.d. nuova o esterna e devono, quindi, essere messi a disposizione del ceto creditorio nel rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione, con conseguente inammissibilità della proposta che preveda la falcidia dei creditori privilegiati ed il soddisfacimento dei creditori chirografari con i flussi derivanti dalla continuità aziendale” (App. Torino, 31 agosto 2018, in *Il fallimento*, 2019, 377).*

“Nel concordato preventivo con continuità aziendale, i flussi di cassa generati dalla prosecuzione dell'attività d'impresa devono essere messi a disposizione del ceto creditorio nel rispetto del principio di universalità della responsabilità patrimoniale e dell'ordine delle cause legittime di prelazione, con conseguente inammissibilità della proposta che preveda la falcidia del creditore assistito da privilegio generale mobiliare (Erario) ed il soddisfacimento dei creditori chirografari con la maggiore utilità ricavabile dalla prosecuzione dell'attività d'impresa” (Trib. Padova, 24 gennaio 2018, in www.fallimentiesocieta.it).

6) Vi sono problemi di ammissibilità in relazione ai tempi di adempimento della proposta indicati nel piano?

Anche a voler qualificare il concordato in esame come concordato con continuità aziendale, la previsione del pagamento dell'ipotecario e dei privilegiati nel termine di tre anni dall'omologazione si porrebbe in contrasto con la previsione dell'art. 186-bis, co. 2, lett. c) l.f. – come modificato dall'art. 20, comma 1, lett. g), D.L. 24 agosto 2021, n. 118, convertito, con modificazioni, dalla L. 21 ottobre 2021, n. 147 – in base alla quale *“il piano può prevedere, fermo quanto disposto dall'articolo 160, secondo comma, una moratoria fino a due anni 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 al voto”*, in mancanza della specifica indicazione, in seno alla proposta, dei dati e criteri necessari per il calcolo del diritto di voto da attribuirsi ai predetti creditori in ragione del “sacrificio da ritardo” (si segnala, a questo proposito, che l'art. 86 del CCII si fa carico di indicare i suddetti criteri laddove prevede che *“quando è prevista la moratoria i creditori hanno diritto al voto per la differenza fra il loro credito maggiorato degli interessi di legge e il valore attuale dei pagamenti previsti nel piano calcolato alla data di presentazione della domanda di concordato, determinato sulla base di un tasso di sconto pari alla metà del tasso previsto dall'art. 5 del decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, in vigore nel semestre in cui viene presentata la domanda di concordato preventivo”*)

“Nel concordato preventivo con continuità aziendale è consentita la dilazione del pagamento dei crediti privilegiati anche oltre il termine di un anno dall'omologazione, purché si accordi ai titolari di tali crediti il diritto di voto e la corresponsione degli interessi. In tal caso, il diritto di voto dei privilegiati dilazionati andrà calcolato sulla base del differenziale tra il valore del loro credito al momento della presentazione della domanda di concordato e quello calcolato al termine della moratoria, dovendo i criteri per tale determinazione essere contenuti nel piano concordatario a pena di inammissibilità della proposta, come si desume sia dall'art. 86 del d.lgs. n. 14 del 2019 che dall'art. 2426, comma 1, n. 8), c.c. (riguardo alla commisurazione del sacrificio da ritardo, la sentenza indica nel codice della crisi - nonostante la sua vigenza differita – il criterio integrativo cui orientare la valutazione dei giudici di merito: tratto dall'art. 86 e con l'esclusione del riferimento al tasso di sconto di cui all'art. 5, D.Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, si invoca il medesimo principio di attualizzazione dei pagamenti previsti dal piano, calcolati sul valore alla data di presentazione della domanda di concordato, integrato dall'art. 2426, punto 8, c.c., secondo il valore normale, sempre che il tutto risulti dall'attestazione del professionista incaricato” (Cass. 11882/2020).

“Va resa applicazione del principio enunciato nella sentenza 10112/2014 (e conforme, la successiva 20388/2014) secondo cui, in materia di concordato preventivo, la regola generale è quella del pagamento non dilazionato dei creditori privilegiati, sicché l'adempimento con una tempistica superiore a quella imposta dai tempi tecnici della procedura (e della liquidazione, in caso di concordato cosiddetto "liquidativo") equivale a soddisfazione non integrale degli stessi in ragione della perdita economica conseguente al ritardo, rispetto ai tempi "normali", con il quale i creditori conseguono la disponibilità delle somme ad essi spettanti; la determinazione in concreto di tale perdita, rilevante ai fini del computo del voto ex art. 177, terzo comma, l.f., costituisce un accertamento in fatto che il giudice di merito deve compiere alla luce della relazione giurata ex art. 160, secondo comma, 1.f., tenendo conto degli eventuali interessi offerti ai creditori e dei tempi tecnici di realizzo dei beni gravati in 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 1.f. (richiamata dall'art. 169 1.f.)” (Cass. 3482/2016; id. Cass. 17461/2015).

7) È legittima la mancata previsione del trattamento del creditore contestato?

La mancata previsione del trattamento dello specifico trattamento del credito contestato – per l'ipotesi, si intende, che le pretese del creditore siano confermate in tutto o in parte in sede giurisdizionale – non è legittima, poiché, da un lato, tale previsione è necessaria per le finalità di cui all'art. 176 l.f. (per l'ipotesi, cioè, in cui il giudice delegato ammetta il creditore al voto), e, dall'altro, l'assenza di tale previsione non consente agli altri creditori di esprimere in modo pienamente informato la loro valutazione sulla convenienza del concordato, e non consente al Tribunale di valutare l'impatto dell'eventuale riconoscimento delle pretese del creditore sulla fattibilità del piano di concordato (anche in base agli accantonamenti eventualmente predisposti dal proponente).

“In tema di concordato preventivo, la sussistenza di crediti oggetto di contestazione giudiziale non preclude il loro doveroso inserimento in una delle classi omogenee previste dalla proposta, ovvero in apposita classe ad essi riservata, assolvendo tale adempimento, ricadente sul debitore ed oggetto di controllo critico sulla regolarità della procedura che il tribunale deve assolvere direttamente, ad una fondamentale esigenza di informazione dell'intero ceto creditorio: da un lato, infatti, tale omissione pregiudicherebbe gli interessi di coloro che al momento non dispongono ancora dell'accertamento definitivo dei propri diritti (ma che possono essere ammessi al voto, ex art. 176 l.fall., con previsione di specifico trattamento per l'ipotesi che le pretese siano confermate o modificate in sede giurisdizionale); dall'altro, essa altererebbe le previsioni del piano di soddisfacimento degli altri creditori certi, non consentendo loro di esprimere valutazioni prognostiche corrette e di atteggiarsi in modo pienamente informato circa il proprio voto (Nella specie, la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza impugnata che aveva consentito l'omesso classamento dei crediti contestati soltanto perché, ad unilaterale giudizio del proponente, in relazione a tali crediti il rischio di soccombenza doveva ritenersi remoto)” (Cass. 15454/2018; id. Cass. 5689/2017).

“Né giova assumere, come fa parte ricorrente, che la mancata considerazione dei crediti erariali derivò dal fatto che erano stati contestati giudizialmente, [...] poiché la ammissibilità al voto dei soggetti titolari di crediti controversi - in forza del provvedimento del giudice delegato, L. Fall., ex art. 176 suppone che i crediti siano compresi nella previsione del trattamento che il debitore riserva al ceto creditorio, per la ipotesi che risultino confermate o modificate in sede giurisdizionale l'esistenza e la entità di quelle pretese, prefigurando per ciascuna di esse soluzioni esdebitatorie differenziate, in modo tale da consentire che la espressione del voto sia consapevole dei condizionamenti che la proposta è esposta a ricevere dal risultato di quei giudizi. Diversamente opinando non solo verrebbe meno l'interesse al voto, ed anzi il voto, cui il creditore presunto fosse ammesso, risulterebbe pregiudizialmente di segno contrario alla proposta, per la assenza di previsioni di soddisfo, anche parziale, in suo favore, a fronte di una classificazione specifica ed esclusiva dei creditori considerati dal debitore, come è avvenuto nella specie; ma il debitore sarebbe incentivato alla contestazione, nei riguardi di crediti non accertati in via definitiva e soprattutto di quelli di maggior peso sul piano delle aspettative di soddisfo, lasciandoli fuori dalla proposta e ponendo i suoi beni a disposizione degli altri creditori, sollecitati all'approvazione proprio dalla circoscritta area delle passività indicate, senza alcuna previsione per quelle controverse. Circostanza questa che ostacolerebbe le aspettative di soddisfo in sede di esecuzione del concordato, per il concorso dei creditori il cui accertamento sia medio tempore sopravvenuto. [...] Al cospetto di tali principi e criteri la tesi che la L. Fall., art. 160, non contemplando classi di "presunti creditori" (f. 23 del ricorso), consenta di escluderli dalla procedura, è priva di qualunque consistenza, non solo perché pregiudica gli interessi di coloro che non dispongono ancora dell'accertamento definitivo dei loro diritti, ma perché falsa le previsioni del piano di soddisfo dei crediti certi e non consente agli ammessi al voto di esprimere, valutazioni prognostiche corrette, in difetto della conoscenza dell'area completa delle passività, comprese quelle sub iudice” (Cass. 13284/2012).

8) È legittima la mancata suddivisione dei creditori in classi?

La mancata suddivisione dei creditori in classi non è legittima nel caso in esame. Se è vero, infatti, che nell'attuale quadro normativo prevale la tesi secondo cui la formazione delle classi è sempre una facoltà e mai un obbligo per il proponente, anche quando vi siano creditori con posizioni giuridiche e/o interessi economici non omogenei (tesi non recepita nel CCII, il cui art. 85 prevede, al comma 5, che *“la formazione delle classi è obbligatoria per i creditori titolari di crediti previdenziali o fiscali dei quali non sia previsto l'integrale pagamento, per i creditori titolari di garanzie prestate da terzi, per i creditori che vengono soddisfatti anche in parte con utilità diverse dal denaro e per i creditori proponenti il concordato e per le parti ad essi correlate”*), in base alla lettera d) dell'art. 160, co. 1, l.f. la proposta può prevedere *“trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse”*, il che significa che la mancata formazione di classi preclude il trattamento differenziato dei creditori.

“Il carattere facoltativo della formazione delle classi, anche in presenza di creditori aventi posizioni differenziate (cfr. Cass., Sez. 1, 10 febbraio 2011, n. 3274), non esclude infatti, nel caso in cui il debitore vi abbia proceduto, il dovere del tribunale di pronunciarsi, in sede di valutazione dell'ammissibilità del concordato, sulla correttezza dei criteri a tal fine adottati?” (Cass. 22045/2014).

“In tema di concordato fallimentare, non sussiste alcuna obbligatorietà nella formazione delle classi dei creditori, pur in presenza di interessi di alcuni creditori differenziati rispetto a quelli della generalità degli altri: la mera discrezionalità di tale suddivisione discende, da un lato, dal dato testuale (relativo alla proposta, ex artt. 124, comma 2 e 125, comma 3, legge fall., ed alla approvazione, ex artt. 128, comma 1 e 129, comma 5, legge fall.) e, dall'altro, dall'impossibilità di censire tutti gli interessi di cui sono portatori i creditori, apparendo fisiologico il conflitto tra gli stessi ed invero essendo accomunati, ove non siano prospettate modalità soddisfattive diverse per creditori nella medesima posizione giuridica, dell'interesse, uguale per tutti, consistente nel perseguimento del maggior grado di soddisfacimento” (Cass. 3274/2011; id. Trib. Reggio Emilia, 1 marzo 2007, in www.ilcaso.it).

“Nel caso in esame, se si condivide l'opinione che un creditore privilegiato degradato in parte o "in toto" a chirografo per c.d. "incapienza" del bene è (ossia, rimane), un creditore in sé "privilegiato" (come ribadito dalla Suprema Corte in punto ammissione di credito con privilegio speciale su bene non esistente Cass. 24/10/05) e ciò in quanto viene sì equiparato dall'art. 177 l.f. ai chirografi, per la parte che non trova soddisfazione con il ricavato del bene, ma solo ai fini del voto, potrebbe sostenersi, come sostiene parte della giurisprudenza di merito e della dottrina, che la sua classazione è obbligatoria; [...]. La Suprema Corte, con la recente sentenza del 10 febbraio del 2011 n. 3274, ha accolto l'indirizzo favorevole alla "facoltatività" della suddivisione in classi dei creditori e le argomentazioni svolte, per quanto riguarda le ipotesi di non omogeneità di interessi economici fra creditori avente medesima posizione giuridica, è senz'altro condivisibile, se non altro perché il legislatore non ha fornito criteri per una delimitazione degli interessi economici da qualificarsi come "omogenei". Qualche dubbio permane nell'ipotesi di creditori aventi fra loro diversità di "posizione giuridica". La stessa Suprema Corte, infatti, a ben vedere, nella citata pronuncia ha cura di precisare in diversi punti della motivazione che la "classazione" non è obbligatoria "se non sono prospettate modalità soddisfattive diverse per creditori nella stessa posizione giuridica" sicché non ha escluso espressamente l'obbligatorietà nella diversa situazione di creditori con posizione giuridica non omogenea” (Trib. Udine, 10 giugno 2011, in DeJure).

“In realtà, la norma in questione pone l'unico limite di trattamenti differenziati fra creditori che fanno parte di una stessa classe, restando, per contro, impregiudicata la facoltà del debitore di riservare lo stesso trattamento a creditori che appartengono a classi differenti” (Trib. Biella, 23 aprile 2009, in DeJure).

9) Le utilità – diverse dal denaro – assicurate ai creditori chirografari (mancato esperimento di azione revocatoria; attribuzione di azioni di società diversa dalla proponente, ossia *datio in solutum* di strumenti partecipativi; accollo liberatorio del debito) sono compatibili con il dettato degli artt. 160 e 161 l.f.?

In base al combinato disposto degli artt. 160, co. 1, lett. a), e 161, co. 2, lett. e), l.f., il piano può prevedere “*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*”, ma la proposta “*deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore*” (l'art. 84, co. 3, CCII aggiunge che “*tale utilità può anche essere rappresentata dalla prosecuzione o rinnovazione di rapporti contrattuali con il debitore o con il suo avente causa*”). Vi è, dunque, un'ampia libertà negoziale (anche nel concordato liquidatorio, in base ad un'interpretazione estensiva del termine “pagamento” contenuto nel comma 4 dell'art. 160 l.f.), con l'unico limite della necessaria valutabilità economica dell'utilità assicurata a ciascun creditore.

“*Non è di ostacolo all'ammissibilità del concordato la circostanza che la proposta contempra una classe di creditori chirografari cui non viene promesso alcun pagamento, se al contempo è prevista un'utilità economicamente valutabile consistente - per la classe dei creditori chirografari costituita dai soci della cooperativa - nella possibilità (rectius nel diritto fondato sul perdurare del rapporto di società) di proseguire nella fruizione dei servizi accessori prestati dalla cooperativa e nelle utilità derivanti dal funzionamento virtuoso del rapporto mutualistico (Il Tribunale sottolinea come anche il Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, all'art. 84, 3° co., ult. per. faccia riferimento alla prosecuzione o rinnovazione di rapporti contrattuali e non già di generici rapporti commerciali)*” (Trib. Udine, 27 gennaio 2020, in www.dirittodellacrisi.it).

“*L'assegnazione a C. di strumenti finanziari partecipativi ex art. 2346 c.c. che la proponente offre nella nuova proposta costituisce elemento di una più complessa ed articolata proposta satisfattiva, con conseguente ripristino della necessità di una stima peritale da parte dell'attestatore che attribuisca un valore a detti strumenti finanziari sulla base delle metodologie comunemente adottate di valutazione dell'azienda. Conclusione che apparrebbe ancor più ferma laddove si dovesse invece aderire alla opinione, pur non giudicata preferibile da questo Tribunale ma già emersa nella prassi applicativa (cfr. Trib. Pistoia 29/10/2015), che la nozione di "pagamento" ex art. 160 u.c. l.f. includa qualunque modalità satisfattiva divisata (e proposta) dal debitore, con conseguente onere su questi gravante di quantificarne (e provarne) il ragionevole controvalore*” (Trib. Bologna, 6 aprile 2016, in DeJure).

“*La lettura combinata dell'art. 161, comma 2, lett. e), l. fall. e del nuovo art. 160, comma 4, l. fall. - secondo il quale “la proposta di concordato deve assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari” - comporta che [...] Il termine “pagamento” contenuto nel nuovo quarto comma dell'art. 160 l. fall. debba essere inteso nel senso più generale di “soddisfazione”*” (Trib. Pistoia, 29 ottobre 2015, in www.ilfallimentarista.it).

10) Che risposta va data alle domande che precedono laddove si tratti di “concordato semplificato” ex art. 18 d.l. 118/2021?

Il concordato semplificato, per espressa previsione normativa, deve essere necessariamente liquidatorio (pur potendo contemplare, ai sensi dell’art. 19, co. 2, il trasferimento – anche ad un offerente preventivamente individuato – “dell’azienda o di uno o più rami d’azienda”).

*“Appare chiara l’incompatibilità di un concordato con continuità, come individuato oggi dalla giurisprudenza di legittimità e un domani dal CCII, con il concordato “per la liquidazione del patrimonio di cui all’articolo 18 del presente decreto” cui fa riferimento l’art. 11, co. 3, lett. b); art. 18 che, a sua volta, identifica il concordato semplificato in “una proposta di concordato per cessione dei beni unitamente al piano di liquidazione e ai documenti indicati nell’articolo 161, secondo comma, lettere a), b), c), d), del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267”, ove, al di là della inequivoca terminologia utilizzata (concordato con cessione, piano di liquidazione), è significativo il richiamo della documentazione di cui all’art. 161 e non di quella di cui all’art. 186-bis. Il concordato semplificato, pertanto, è ascrivibile, per qualificazione legislativa, alla categoria dei concordati liquidatori, seppur indirettamente possa favorire la continuità, come lascia intendere il già citato art. 19 quando disciplina la cessione dell’azienda o di ramo della stessa già prima dell’omologa, che è un dato per nulla valorizzato dal nuovo legislatore ai fini della continuazione dell’attività” (Bozza, *Il concordato semplificato introdotto dal D.L. n. 118 del 2021*, in www.dirittodellacrisi.it).*

Quanto alla mancata inclusione di uno o più beni nella liquidazione, si potrebbe sostenere che la stessa sia ammissibile nella misura in cui – grazie ad un apporto di “finanza esterna” la proposta “non arreca pregiudizio ai creditori rispetto all’alternativa della liquidazione fallimentare” (requisito espressamente imposto, ai fini dell’omologa, dal comma 5 dell’art. 18).

Non si pone il problema della soglia minima di pagamento di almeno il 20% dell’ammontare dei crediti chirografari, perché non vi è una percentuale promessa ma la mera messa a disposizione del patrimonio del debitore.

*“Nel recente decreto legge non è indicata alcuna soglia minima di soddisfacimento in favore dei creditori quale presupposto di ammissibilità del concordato, né vi è alcun richiamo all’ult. comma dell’art. 160 l.fall. (anzi manca qualsiasi richiamo a questa norma nella sua interezza); pertanto, nel concordato semplificato è inesistente l’obbligo di assicurare ai creditori chirografari il pagamento del 20% minimo, come disposto dall’ult. comma dell’art. 160 l.fall.” (Bozza, *Il concordato semplificato introdotto dal D.L. n. 118 del 2021*, in www.dirittodellacrisi.it).*

“Se nel concordato liquidatorio ordinario viene in rilievo la soglia minima di soddisfazione del 20%, nel semplificato non può che valere l’esatto contrario. La salvaguardia della continuità sbaraglia le soglie di ammissibilità. Lo strumento assicura la prosecuzione dell’impresa, sia pure in forma indiretta, fissare paletti sarebbe irrazionale. L’archetipo del nuovo istituto, d’altronde, è quello della cessio bonorum di cui all’art. 1977 c.c., il che vuol dire che – diversamente rispetto al concordato ordinario, in cui la soddisfazione minima assume i connotati dell’obbligazione – nel semplificato il debitore si limita unicamente a trasferire, eventualmente per il tramite del liquidatore della procedura, l’azienda o i beni” (Leuzzi, *Analisi differenziale fra concordati: concordato semplificato vs ordinario*, in www.dirittodellacrisi.it).

Per quanto attiene alla falcidia dei crediti privilegiati, pur non essendo espressamente richiamato l’art. 160, co. 2, l.f., deve sussistere – sempre ai fini dell’omologa, in base al

comma 5 dell'art. 18 – il “rispetto dell'ordine delle cause di prelazione”, e (come detto) la proposta non deve arrecare “pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa della liquidazione fallimentare”.

“Il [...] debitore [...] non è tenuto neanche a soddisfare integralmente i creditori prelatizi, purché rispetti il principio dell'ordine dei privilegi che, come ha ribadito anche di recente la S. Corte, va interpretato nel senso che esso impone l'integrale pagamento del credito di rango superiore prima di soddisfare quello di grado inferiore. Importante, cioè, è che la proposta non preveda la falcidia di un credito di grado superiore e il pagamento parziale del credito di rango più basso, ma nel rispetto di questa regola nessuna norma dispone che debba soddisfare integralmente il ceto creditorio prelatizio, in quanto l'unico limite è dato dalla potenzialità realizzativa dei beni in una eventuale liquidazione fallimentare, che segna il confine massimo della soddisfazione dei creditori, per cui una proposta al di sotto di questo potrebbe essere considerata pregiudizievole per i creditori; ma se la proposta di pagamento parziale dei privilegiati nel rispetto dell'ordine della graduazione è il massimo che la consistenza patrimoniale consente, il concordato semplificato è omologabile, salvo che l'apertura del fallimento non consenta azioni di ripristino del patrimonio che, incrementando l'attivo, permettano una migliore soddisfazione. Di conseguenza, nel concordato semplificato, la problematica sulla soddisfazione parziale dei creditori prelatizi, con la connessa stima di cui al secondo comma dell'art. 160 l. fall. per rapportare il livello di pagamento offerto alla capienza sui beni gravati, può ancora essere presente, ma non quale limite alla libertà del debitore di ristrutturare i propri debiti liberamente non avendo bisogno di giustificare il pagamento parziale di tale categoria di creditori, bensì nell'ambito della verifica della regolarità della graduazione prospettata” (Bozza, *Il concordato semplificato introdotto dal D.L. n. 118 del 2021*, in www.dirittodellacrisi.it).

“Non rileva il mancato richiamo dell'art. 160, comma 2, L. fall., richiamo che sarebbe apparso non acconcio in mancanza dell'attestazione in esso contemplata. Nondimeno, la soddisfazione non integrale dei crediti muniti di privilegio, pegno o ipoteca, non potendosi alterare l'ordine delle prelazioni, rimane condizionata all'incapienza dei beni sui quali insiste la causa di prelazione, ossia alla “asseverata” insufficienza del loro valore in rapporto all'ammontare del credito garantito” (Leuzzi, *Analisi differenziale fra concordati: concordato semplificato vs ordinario*, in www.dirittodellacrisi.it).

“In ogni caso, il piano deve essere fattibile ed il riparto del ricavato della liquidazione deve essere ancorato al rispetto dell'ordine delle cause di prelazione, declinato, quale presupposto di legittimità, sulla scorta dei precetti generali degli artt. 2740 e 2741 c.c. alla luce della previsione dell'art. 18 comma 5 in ordine alla comparazione (dell'assenza di pregiudizio) rispetto alla liquidazione fallimentare in cui, appunto, detti canoni risultano recepiti all'art. 54 comma 1 l.fall. (superandosi così anche il mancato richiamo dell'art. 169 l.fall. a tale disposizione). L'omesso richiamo all'art. 160 comma 2 l.fall., tra i presupposti di legittimità, pare così essere colmato” (Pezzano-Ratti, *Il concordato preventivo semplificato: un'innovazione solo per i debitori meritevoli, funzionale al migliore soddisfacimento dei creditori (ed a qualche salvataggio d'impresa)*, in www.dirittodellacrisi.it).

Il mancato richiamo della lettera e) del comma 2 dell'art. 161 l.f. induce a ritenere che il debitore non debba indicare i tempi di adempimento della proposta.

“Significativo è il richiamo nel primo comma dell'art. 18 delle lett. da a) a d) del secondo comma dell'art. 161 l. fall., e non anche della lett. e), che richiede (principalmente) un “piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta”, a dimostrazione di come il debitore che propone un concordato semplificato non sia tenuto a particolari modalità e tempi di adempimento” (Bozza, *Il concordato semplificato introdotto dal D.L. n. 118 del 2021*, in www.dirittodellacrisi.it).

In sede di conversione, alla fine del comma 1 dell'art. 18 è stato aggiunto l'inciso in base al quale “la proposta può prevedere la suddivisione dei creditori in classi”. Rispetto alla disciplina dettata dall'art. 160, co. 1, lett. c) e d), l.f., non viene specificato che i creditori possono

essere suddivisi in classi “secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei” e non viene esplicitata la possibilità della previsione di “trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse”, e, tuttavia, non essendovi votazione e non essendo stabiliti limiti rispetto alla legittimazione di ogni singolo creditore alla proposizione dell’opposizione all’omologazione, la funzione delle classi – la cui formazione è evidentemente facoltativa – non può che essere quella di consentire trattamenti differenziati ai creditori.

“L’opposizione spetta ad ogni creditore, diversamente da quanto prevede per il concordato preventivo l’art. 180, comma 4, L. fall. che la consente, in difetto di classi, soltanto ai creditori chirografari dissenzienti che rappresentino almeno il 20% dei crediti” (Panzani, *Il D.L. “Pagni” ovvero la lezione (positiva) del covid*, in www.dirittodellacrisi.it).

Quanto, infine, alla possibilità di prevedere la soddisfazione dei creditori mediante utilità diverse dal denaro, il Tribunale deve limitarsi – in base all’ultimo inciso del comma 5 dell’art. 18 – a verificare che la proposta “comunque assicura un’utilità a ciascun creditore”, sicché, rispetto alla previsione dell’art. 161, co. 2, lett. e), l.f., non deve trattarsi necessariamente di un’utilità “specificamente individuata ed economicamente valutabile”.

“Valendo un riferimento all’utilità senza attributi, è ben possibile che il creditore non sia soddisfatto in alcun modo, sempre che comunque riceva un’utilità e che nel fallimento non sia destinato a ricevere di meglio” (Leuzzi, *Analisi differenziale fra concordati: concordato semplificato vs ordinario*, in www.dirittodellacrisi.it).

“Viene, comunque, implicitamente ammessa non solo la soddisfazione minimale, ma anche la soddisfazione “a zero” per i creditori (pure prelatizi degradati) incapienti, purché, come accennato, non sia in ogni caso pregiudizievole rispetto all’alternativo epilogo fallimentare e venga, comunque, assicurata, a ciascuno di loro, un’utilità, non necessariamente specificamente individuata ed economicamente valutabile qual è invece quella di cui all’art. 161, comma 2, lett. e), l.fall.” (Pezzano-Ratti, *Il concordato preventivo semplificato: un’innovazione solo per i debitori meritevoli, funzionale al migliore soddisfacimento dei creditori (ed a qualche salvataggio d’impresa)*, in www.dirittodellacrisi.it).

dott. Alessandro Nastri,
giudice nel Tribunale di Terni