

Stefano Ambrosini, Luisa Caterina Appio, Marco Arato  
Giuseppe Bozza, Laura Cristini, Virginia Cristini  
Luigi D'Orazio, Fabio Iozzo, Stefania Pacchi

# Le soluzioni negoziate della crisi d'impresa

a cura di **Stefano Ambrosini**

prefazione di **Alberto Maffei Alberti**



**G. Giappichelli Editore**

## PREFAZIONE

Questo interessante volume, a più mani, affronta alcuni aspetti che riguardano punti nodali del passaggio, tuttora in corso, dalla legge fallimentare al codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

Il volume è aperto da un bel saggio di Stefano Ambrosini sul concordato preventivo, di cui l'Autore è da tempo attento ed acuto cultore ed interprete (che infatti nel secondo contributo a propria firma si sofferma su un profilo particolare dell'istituto, quello della risoluzione del concordato e – secondo un'espressione da lui stesso coniata – del fallimento *omisso medio*).

Seguono l'originale lavoro di Stefania Pacchi sul c.d. *workers buy out*, la puntuale analisi di Laura e Virginia Cristini sulle classi nel concordato e l'ampia indagine di Fabio Iozzo su di un altro tema caldo del concordato preventivo, quello del regime dei contratti pubblici.

Da segnalare poi due saggi di ampio respiro: l'uno di Luigi D'Orazio sugli accordi di ristrutturazione dei debiti, l'altro, di Giuseppe Bozza sulle misure cautelari e protettive come regolate dal codice della crisi.

Stefania Pacchi e Marco Arato si occupano, con il noto acume, rispettivamente dei piani di risanamento e di crisi di gruppo.

Chiude il volume il bel lavoro di Caterina Appio sulla liquidazione controllata del consumatore.

Si tratta, in sostanza di un primo coraggioso approccio ad una riforma ancora in *fieri* che dovrà affrontare e risolvere, tra l'altro, i problemi relativi alla disciplina dell'allerta e quella del concordato preventivo in continuità.

Problemi, entrambi, di scottante attualità. Il primo perché occorre verificare come si adatti l'istituto ad una crisi che, per quanto riguarda interi settori della nostra economia, non deve essere scoperta, ma è già in atto.

Il secondo perché, sebbene sia lo strumento che meglio si adatta a preservare la continuazione dell'attività d'impresa, in concreto per potere realizzare la propria funzione dovrà affrontare numerose difficoltà, tra l'altro l'accertamento del *discrimen* tra imprese *viabiles* e non tali. Da parte mia, mi auguro venga abbandonato, in relazione al soddisfacimento dei creditori,

il principio del “*todos caballeros*” e ci si incominci a interrogare se non sia il caso di superare il tabù del pagamento integrale di tutti i creditori privilegiati.

Alberto Maffei Alberti

## PREMESSA

L'idea di questo volume nasce, se si può dir così, dall'attesa.

Attesa che il diritto della crisi ancora in vigore – la legge fallimentare – sia soppiantato (almeno in parte) dal codice della crisi e dell'insolvenza; attesa che quest'ultimo venga emendato delle parti (e non ne mancano) meno idonee ad affrontare l'obiettivo del risanamento delle imprese *viables* e – quanto meno provvisoriamente – delle disposizioni inadatte al contesto post-pandemico; attesa che maturino i frutti, auspicabilmente equilibrati e non ideologici, della Commissione istituita dal Ministro della giustizia nell'aprile di quest'anno.

Proprio per evitare il rischio (seppur remoto) del “*waiting for Godot*”, autori, curatore ed editore si sono risolti a dare alle stampe i contributi che compongono quest'opera collettanea, la quale si colloca in corrispondenza del passaggio da ciò che è tutt'oggi la disciplina vigente a quello che appare il futuro probabile, ma per l'appunto non certo, del diritto della crisi in Italia.

E non a caso nel saggio di esordio del libro il primo problema che viene posto è quello della “continuità normativa” fra attuale e nuovo regime, “cartina di tornasole” attraverso la quale interpretare le disposizioni tuttora applicabili.

I coautori hanno tutti fornito – né sarebbe potuto essere altrimenti – contributi alquanto apprezzabili e stimolanti e a loro è rivolto il sentito ringraziamento di chi ha avuto il privilegio di “coordinare i lavori”. In particolare, si segnalano per l'ampiezza e l'analiticità gli articoli di Geppino Bozza, Luigi D'Orazio e Fabio Iozzo, una *editio minor* dei cui contributi (ovviamente solo per ragioni di spazio editoriale) è destinata al *Liber amicorum* di Alberto Jorio, che lo scrivente ha curato a partire dall'autunno scorso.

Il volume è impreziosito – è proprio il caso di dirlo – dalla prefazione del Decano dei fallimentaristi italiani e riconosciuto Maestro, Alberto Maffei Alberti, cui va la sincera gratitudine del curatore e degli altri coautori.



# CONCORDATO PREVENTIVO: INTERESSI PROTETTI, SODDISFACIMENTO DEI CREDITORI E CONTINUITÀ AZIENDALE TRA VECCHIA E NUOVA DISCIPLINA \*

*Stefano Ambrosini*

Sommario: 1. Premessa: la “continuità normativa” fra legge fallimentare e Codice della crisi. – 2. Finalità del concordato, interessi protetti e modalità di soddisfacimento dei creditori. – 3. *Segue*. La questione della misura minima del soddisfacimento dei creditori. – 4. Il dichiarato *favor* per il concordato con continuità: una strada lastricata di buone intenzioni. – 5. Il concordato in continuità e il relativo “statuto” nel CCI. – 6. *Segue*. Continuità diretta. – 7. Cenni al dibattito sulla continuità indiretta nella disciplina della legge fallimentare. – 8. La continuità indiretta nel CCI. – 9. Continuità *versus* liquidazione: l’inapplicabilità, *de jure condito*, del criterio della prevalenza.

## 1. Premessa: la “continuità normativa” fra legge fallimentare e Codice della crisi

Com’è noto, la vigente legge fallimentare non contiene disposizioni né in tema di finalità dell’istituto, né in materia di profili distintivi tra tipologie concordatarie<sup>1</sup>.

Nell’art. 84 del nuovo Codice della crisi<sup>2</sup> questi rilevanti aspetti si trovano

---

\* Il presente contributo costituisce parte di un più ampio saggio destinato al *Trattato della crisi e dell’insolvenza*, diretto da Arato, D’Attorre e Fabiani (che sarà edito da Giappichelli).

<sup>1</sup> Sull’istituto del concordato preventivo si vedano, nella trattatistica degli ultimi anni, AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da Vassalli-Luiso-Gabrielli, IV, Torino, 2014, p. 4 ss.; FABIANI, *Concordato preventivo*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di De Nova, Bologna, 2014; CENSONI, *Il concordato preventivo: organi, effetti, procedimento*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio-Sassani, IV, Milano, 2016, p. 3 ss.; ARATO, *La domanda di concordato*, in *Crisi d’impresa e procedure concorsuali*, diretto da Cagnasso-Panzani, III, Torino, 2016, p. 3284 ss.

<sup>2</sup> Su questa disposizione cfr., *ex aliis* e per ulteriori riferimenti, ARATO, *Il concordato con con-*

invece espressamente disciplinati, con il che la norma assume un'importanza centrale nel nuovo assetto normativo. E siccome l'art. 84 ripropone problemi sorti nell'imperio della disciplina previgente (alcuni dei quali mira a risolvere) e ne solleva di nuovi, vi è anzitutto da chiedersi, ai fini della corretta applicazione dello *jus conditum*, che valenza possano avere le nuove previsioni – notoriamente non ancora in vigore – rispetto alla possibile soluzione di almeno alcuni dei dubbi interpretativi posti dalla disciplina della legge fallimentare.

Un primo, significativo, ausilio a questi fini può ricavarsi dalla recente presa di posizione, sul punto, da parte della Corte di Cassazione.

Ed invero, si è da ultimo affermato che la pretesa di rinvenire nel CCI “norme destinate a rappresentare un utile criterio interpretativo degli istituti della legge fallimentare potrebbe essere ammessa se (e solo se) si potesse configurare – nello specifico segmento – un ambito di continuità tra il regime vigente e quello futuro”<sup>3</sup>. E nella successiva ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite dell'annosa questione circa la configurabilità o meno del c.d. fallimento *omisso medio*<sup>4</sup> la Suprema Corte ha ribadito il concetto della continuità normativa fra vecchia e nuova legge.

La conclusione cui sembra corretto giungere – si anticipa qui ciò che si dirà in appresso – è quindi nel senso della impossibilità di ricavare un canone interpretativo del disposto dell'art. 84 per quanto concerne il criterio della prevalenza; laddove con riferimento al diverso tema della continuità indiretta è stata la stessa Suprema Corte a valorizzare espressamente la valenza sul piano ermeneutico della nuova disposizione<sup>5</sup>. E analoga considerazione pare formulabile con riguardo all'interpretazione restrittiva dell'art. 163-*bis* rispetto a ipotesi – come l'aumento di capitale riservato a un terzo, o il trasferimento della partecipazione sociale di controllo – non contemplate dalla norma, anche perché riferite a beni non di proprietà del debitore, sui quali pertanto i creditori non possono fare alcun legittimo affidamento; interpretazione, questa, avvalorata dall'inserimento ad opera del CCI (art. 91) dell'avverbio “esclusivamente” all'interno del primo comma della suddetta previsione.

---

*tinuità nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fallimento*, 2019, p. 855 ss.; D'ANGELO, *Il concordato preventivo con continuità aziendale nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2020, I, p. 27 ss.; ZORZI, *Concordato con continuità e concordato liquidatorio: oltre le etichette*, in *Dir. fall.*, 2020, I, p. 58 ss.; CALANDRA BUONAURA, *Il nuovo concordato preventivo*, in AA.VV., *La riforma delle procedure concorsuali, in ricordo di Vincenzo Buonocore*, a cura di Jorio-Rosapepe, Milano, 2021, p. 165 ss.

<sup>3</sup> Così, espressamente, si sono pronunciate le Sezioni Unite della Cassazione nel recente arresto rappresentato dalla sentenza 24 giugno 2020, n. 12476, in [www.unijuris.it](http://www.unijuris.it).

<sup>4</sup> Cass., 31 marzo 2021, n. 8919, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>5</sup> Cass., 15 gennaio 2020, n. 734, in *Fallimento*, 2020, p. 477 ss.

## 2. Finalità del concordato, interessi protetti e modalità di soddisfacimento dei creditori

La rubrica della norma recita “Finalità del concordato preventivo”. Dal punto di vista delle figure retoriche – come già altrove osservato<sup>6</sup> – detta rubrica rappresenta un caso di sineddoche, riferendosi essa a una parte soltanto della previsione (che a ben vedere non è né la più importante, né la più innovativa), quella cioè in cui, al comma 1, si afferma che con il concordato preventivo il debitore realizza il soddisfacimento dei creditori.

Il “cuore” dell’art. 84 è invece costituito dalla declinazione delle modalità con cui il perseguimento di tale obiettivo può avvenire (mediante la continuità aziendale o la liquidazione del patrimonio) e dai criteri in base ai quali distinguere il concordato liquidatorio da quello in continuità e, all’interno di quest’ultimo, la continuità diretta da quella indiretta.

Questa dicotomia continuità/liquidazione nulla toglie, beninteso, alla persistente unitarietà dell’istituto concordatario. Com’è stato rilevato, infatti, “nonostante il primo comma dell’art. 84 affermi seccamente che la soddisfazione dei creditori può avvenire ‘mediante la continuità aziendale o la liquidazione del patrimonio’, quasi che si trattasse di due distinte procedure concorsuali, è all’evidenza che – come nel regime precedente – unico rimane l’istituto del concordato preventivo, in quanto, a fronte della generalità delle disposizioni contenute nel capo III del titolo IV della parte I del Codice che restano applicabili a tutti i concordati, il legislatore ha inteso introdurre soltanto talune norme speciali che riguardano quello in continuità, ancora oggi dunque inequivocabilmente strutturato come ‘derogatorio’ rispetto al modello generale”<sup>7</sup>.

La formulazione della norma chiarisce, anzitutto, che anche nella nuova legge l’interesse dei creditori continua a rappresentare la “stella polare” cui il legislatore guarda nel disciplinare la soluzione concordata della crisi. Come si diceva, l’art. 84 prevede infatti la “funzionalizzazione” dello strumento concordatario al soddisfacimento dei creditori, con ciò denotando che quello del ceto creditorio è l’interesse perseguito in via prioritaria (anche se – come si vedrà subito in appresso – non esclusiva) e che pertanto altri interessi possono bensì essere realizzati, ma solo se ed in quanto risultino compatibili con quello dei creditori e non già ove si pongano in contrasto con esso.

---

<sup>6</sup> AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo: “finalità”, “presupposti” e controllo sulla fattibilità del piano*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), 25 febbraio 2019, p. 2.

<sup>7</sup> FICHERA, *Il concordato preventivo con continuità aziendale*, in AA.VV., *Commento al Codice della crisi di impresa e dell’insolvenza*, nella collana “i quaderni di in executivis”, a cura di D’Arrigo-De Simone-Di Marzio-Leuzzi, 2019, p. 209 ss.



Non si tratta, come si diceva, di un interesse esclusivo, alla luce di quanto espressamente stabilito dal comma 2 dello stesso articolo, il quale, a proposito del concordato in continuità diretta, parla di “interesse prioritario dei creditori, oltre che dell’imprenditore e dei soci”; disposizione, questa, richiamata immediatamente dopo, in quanto compatibile, con riferimento alla continuità indiretta. D’altronde, già nell’ambito della Sezione I del Capo II, dedicata agli obblighi dei soggetti che partecipano alla regolazione della crisi o dell’insolvenza, l’art. 4, comma 1, lett. c)<sup>8</sup>, impone al debitore di gestire l’impresa durante la procedura nell’interesse prioritario dei creditori<sup>9</sup>.

Va detto inoltre che dall’esame complessivo della norma si evince che tra gli interessi (implicitamente) protetti vi è anche quello della tutela dell’occupazione, rispetto al quale chi scrive ha parlato per primo di discutibile “contaminazione” della disciplina concorsuale con i predetti profili lavoristici, oggettivamente più acconci al contesto e ai fini propri dell’amministrazione straordinaria<sup>10</sup>. E più di recente si è aggiunto come appaia “evidente che l’inserimento di regole volte alla salvaguardia occupazionale (per quanto ispirate da pur legittimi obiettivi di natura sociale) rappresenti una previsione incompatibile con i principi della legge delega, in quanto non vi è alcun dubbio che la salvaguardia occupazionale si ponga in contrasto con il miglior interesse dei creditori che da sempre rappresenta la finalità primaria del concordato preventivo”<sup>11</sup>.

Come detto, la disposizione di cui al comma 1 parla di soddisfacimento *tout court*. È soltanto l’art. 87 a parlare di *miglior* soddisfacimento con speci-

---

<sup>8</sup> RORDORF, *I doveri dei soggetti coinvolti nella regolazione della crisi nell’ambito dei principi generali del codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, in *Fallimento*, 2021, p. 589 ss.; NIGRO, *I principi generali della nuova riforma “organica” delle procedure concorsuali*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2020, p. 11 ss.; AMBROSINI, *I “principi generali” nel Codice della crisi d’impresa*, in *www.ilcaso.it*, 26 gennaio 2021; D’ATTORRE, *La formulazione legislativa dei principi generali nel Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. In ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019, p. 253.

<sup>9</sup> Anche da ultimo si è osservato in dottrina che “il legislatore delegato individua nei due modelli di concordato strumenti fungibili in vista di uno scopo unitario, consistente in quel soddisfacimento dei creditori che altrove è qualificato come ‘prioritario’ (artt. 4, comma 2, lett. c) ed 84, comma 2, c.c.i.). Sembra testualmente recepito l’indirizzo che già leggendo le disposizioni della legge fallimentare esprime ostilità verso deviazioni dell’istituto dalla funzione di tutela dei creditori”: così D’ORSI, *Il concordato preventivo parzialmente liquidatorio*, in *Giur. comm.*, 2021, I, p. 358.

<sup>10</sup> AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo: “finalità”, “presupposti” e controllo sulla fattibilità del piano (con qualche considerazione di carattere generale)*, cit., p. 3.

<sup>11</sup> ARATO, *Il concordato con continuità nel Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, cit., p. 859.

fico riferimento al concordato in continuità, con ciò confermando – ad avviso di chi scrive – che si tratta di un requisito richiesto dal legislatore per il solo concordato in continuità e non anche per quello liquidatorio<sup>12</sup>. Con la precisazione che, in base al comma 2 dell'art. 7, nel piano (indipendentemente dalla tipologia di concordato) va espressamente indicata la convenienza per i creditori: il che implica una non lieve attenuazione della differenza, sotto il profilo che ci occupa, fra concordato in continuità e concordato liquidatorio, pur restando la convenienza concettualmente distinta dal miglior soddisfacimento.

Esaminando l'art. 84 nel suo complesso, può ancora osservarsi che una “precisazione”, in qualche modo, della nozione di *soddisfacimento* si rinviene nell'ultima parte del comma 3, là dove è stabilito, in parziale continuità con l'art. 161, comma 2, lett. e), che a ciascun creditore deve essere *assicurata* un'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile. Non sfugge peraltro che la sostituzione del verbo “indicare”, di cui all'art. 161, comma 3, lett. e), con “assicurare” (già utilizzato dall'odierno art. 160, ultimo comma, l. fall.) connota la fattispecie di una diversa, maggiore, pregnanza.

Merita in proposito aggiungere, con riferimento al sopra citato ultimo comma dell'art. 160 l. fall., che secondo la più recente giurisprudenza di legittimità al tribunale spetta “verificare la funzionalità del piano rispetto al raggiungimento di un risultato che preveda necessariamente il soddisfacimento dei creditori chirografari nell'indicata percentuale. (Nella specie, la S.C. ha cassato la pronuncia della corte di appello, secondo la quale dovevano essere i creditori, in sede di approvazione della proposta concordataria, a valutare l'idoneità di quest'ultima ad assicurare il pagamento della soglia minima dei crediti chirografari)”<sup>13</sup>.

Dall'ultima parte del comma 3 dell'art. 84, poi, si ricava che nel concordato in continuità l'utilità da assicurare a ciascun creditore può essere rappresentata dalla mera prosecuzione o rinnovazione di rapporti contrattuali con il debitore o con il suo avente causa.

A differenza dell'attuale art. 160, ultimo comma, il termine *soddisfacimento* è impiegato dall'art. 84 anche all'ultimo comma, vale a dire nella disposizione riservata al concordato liquidatorio: donde la possibilità di ricorrere in via generalizzata a modalità soddisfattive diverse dal *pagamento* (non potendo

---

<sup>12</sup>In questo senso, già in passato, cfr. A. ROSSI, *Il migliore soddisfacimento dei creditori (quattro tesi)*, in *Fallimento*, 2017, pp. 637 ss.; AMBROSINI, *Concordato preventivo con continuità aziendale: problemi aperti in tema di perimetro applicativo e di miglior soddisfacimento dei creditori*, in *www.ilcaso.it*, 25 aprile 2018; *contra*, tuttavia, PATTI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?*, *ivi*, 2013, p. 1107 ss.

<sup>13</sup>Cass. 17 maggio 2021, n. 13224, in *www.ilcaso.it*.

certo considerarsi casuale, dato il dibattito da tempo in corso sul punto, la scelta terminologica compiuta dal legislatore della riforma).

In linea generale, comunque, per quanto attiene alle finalità dell'istituto può ribadirsi che anche nell'assetto delineato dalla riforma, come del resto nel sistema tuttora vigente, il concordato preventivo persegue una duplice finalità: evitare che lo stato di crisi (ove questo sia in concreto il presupposto) degeneri in insolvenza e, in ogni caso, scongiurare la liquidazione fallimentare anche nelle ipotesi in cui l'impresa sia già insolvente.

### **3. Segue. La questione della misura minima del soddisfacimento dei creditori**

La disposizione dell'art. 84 qui in esame non risolve uno dei problemi più rilevanti dal punto di vista applicativo: quello rappresentato dal livello minimo di soddisfacimento dei creditori chirografari, che viene talora prospettato, nella pratica, in termini di pochi punti percentuali, quando non addirittura intorno all'uno o due per cento.

Dal 2015 la questione ha cessato di interessare – com'è noto – il concordato liquidatorio per effetto dell'avvenuta introduzione della soglia del 20%, ma ha continuato a riguardare il concordato con continuità aziendale e appare destinata a non perdere importanza neppure nel nuovo assetto ordinamentale.

Nel recente passato, a fronte dell'opinione secondo la quale la previsione di una percentuale di soddisfacimento eccessivamente bassa non dovrebbe consentire l'ammissione al concordato (difettandone in tal caso la causa concreta), si è sostenuto, da parte di alcuni autori (fra cui chi scrive), che tale aspetto deve in linea di principio ritenersi demandato alla valutazione dei creditori in ordine alla convenienza dell'opzione concordataria e che solo “una percentuale meramente simbolica non integri gli estremi indefettibili del piano di concordato (vale a dire non consenta alcuna ‘ristrutturazione dei debiti’, né ‘soddisfazione dei crediti’ quali inderogabilmente prescritti dalla lett. a) del comma 1 dell'art. 160)”<sup>14</sup>.

Cominciamo col ribadire come relativamente al ricorso al concetto di causa concreta del concordato la più autorevole dottrina giuscommercialistica sia da tempo schierata su posizioni estremamente critiche.

Si è infatti osservato, in proposito, come “rispetto al concordato preventivo, non ci sia spazio per utilizzazioni operative della nozione di causa e che, even-

---

<sup>14</sup> AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, cit., p. 242.

tualmente, ogni discorso in chiave finalistica debba essere svolto in termini di funzione: e la funzione del concordato è il soddisfacimento dei creditori nella maggior misura possibile<sup>15</sup> e che “la causa concreta, che rappresenta – è stato detto – un bisticcio linguistico o, come si è scritto, un concetto sfuggente, viene intesa come l’obiettivo specifico perseguito dal tipo di procedimento, finalizzato concretamente al superamento della situazione di crisi dell’imprenditore e a un soddisfacimento, pur modesto e parziale, dei creditori”<sup>16</sup>.

Il ricorso al concetto in parola, a ben vedere, “significa ricorrere ad una argomentazione di tipo finzionistico”<sup>17</sup>: l’interprete, come reazione a scelte legislative da lui non condivise, costruisce un modello ideale della fattispecie e, in mancanza di un elemento essenziale di detto modello, “egli disapplica la normativa (...). Un simile tipo di argomentazione costituisce una evidente forzatura delle scelte legislative. Non solo: in questo modo il parametro da cui dipende l’applicazione o non della normativa è molto labile, in quanto tutto è rimesso all’idea che il singolo interprete ha dei requisiti necessari perché (...) un piano sia idoneo ad assicurare il soddisfacimento della ‘causa concreta’ del procedimento di concordato”<sup>18</sup>.

Le critiche, comprensibilmente severe, non sembrano tuttavia aver fatto breccia nella giurisprudenza, se è vero che anche nelle recenti decisioni di legittimità sul punto si ribadisce che “la causa concreta della procedura di concordato preventivo, da intendersi come obiettivo specifico perseguito dal procedimento” consiste “nel superamento della situazione di crisi dell’imprenditore e nel riconoscimento in favore dei creditori di una sia pur minimale consistenza del credito da essi vantato in tempi di realizzazione ragionevolmente contenuti”<sup>19</sup>.

Nondimeno, la Suprema Corte non attinge a tale concetto per risolvere la questione del livello minimale di soddisfacimento dei creditori chirografari. Proprio dal precedente testé citato, infatti, si ricava la puntuale conferma della tesi in base alla quale nel concordato in continuità è necessaria, ma sufficiente, l’assicurazione di un soddisfacimento in una qualche misura, ancorché assai modesta, del ceto chirografario (nel caso in esame la proposta di concordato contemplava il pagamento dei chirografari all’uno per cento).

Anche nella prospettiva ermeneutica fatta propria dalla Cassazione, “non è

---

<sup>15</sup> NIGRO, in AA.VV., *Seminario a commento di Cass., S.U., 23 gennaio 2013, n. 1521*, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 236.

<sup>16</sup> GAMBINO, *ivi*, p. 240.

<sup>17</sup> SACCHI, *ivi*, p. 226.

<sup>18</sup> SACCHI, *ibidem*.

<sup>19</sup> Cass. civ., sez. I, 8 febbraio 2019, n. 3863, in *www.ilcaso.it*.

possibile individuare una percentuale fissa minima al di sotto della quale la proposta concordataria possa ritenersi (...) di per sé, inadatta a perseguire la causa concreta a cui la procedura è volta”<sup>20</sup>. Donde la dubbia correttezza di quell’orientamento della giurisprudenza che ha in passato ritenuto inammissibili domande in cui si offrivano ai chirografari percentuali inferiori, in certi casi al 5%, in altri al 3%, la cui fissazione appariva già in allora – come si è avuto modo di segnalare ripetutamente in sede convegnistica – piuttosto arbitraria, anche perché sprovvista di qualsiasi base testuale, risultando invece preferibili quelle decisioni che, ammettendo percentuali pari o inferiori al 4% (peraltro, di regola, ulteriormente ridimensionate nelle previsioni commissariali), hanno valorizzato la comparazione con lo scenario peggiore in caso di fallimento. Non a caso, in svariati provvedimenti adottati di recente da alcuni fra i maggiori tribunali italiani si ammette espressamente la possibilità di offrire ai chirografari anche un paio di punti percentuali.

Né pare condurre a ritenere il contrario la formulazione dell’art. 161, comma 2, lett. e), ove si richiede che nella proposta sia indicata “l’utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile”, senza che siano menzionati aspetti quantitativi di sorta.

Se così è, deve allora ribadirsi che l’unica ipotesi di reiezione *in limine* della domanda sotto il profilo di cui trattasi è data dalla palese inidoneità, *prima facie*, del piano concordatario a conseguire l’obiettivo del ritorno in bonis del debitore, senza che il tribunale possa sovrapporre alla valutazione dei creditori il proprio sindacato sul contenuto economico della proposta e sulla sua convenienza rispetto all’alternativa fallimentare. “Il Tribunale, dunque, deve avere riguardo – chiarisce la Suprema Corte – a rilevare dati da cui emerga, in maniera eclatante, la manifesta inettitudine del piano a raggiungere gli obiettivi prefissati, ivi compresa la soddisfazione in una qualche misura dei crediti rappresentati. Una volta esclusa questa evenienza va lasciata al giudizio dei creditori, quali diretti interessati all’esito della procedura, la valutazione – sotto i diversi aspetti della plausibilità dell’esito e della convenienza della proposta – delle modalità di soddisfacimento dei crediti offerte dal debitore, ivi comprese la consistenza delle percentuali di pagamento previste”<sup>21</sup>.

A tale stregua, la conclusione cui correttamente pervengono i giudici di legittimità è che non rientra nell’ambito della verifica della fattibilità riservata al giudice un sindacato sull’aspetto pratico-economico della proposta e quindi sulla convenienza della stessa, anche sotto il profilo della misura minimale del previsto soddisfacimento. Fermo restando, ad avviso di chi scrive, che in si-

---

<sup>20</sup> *Ibidem.*

<sup>21</sup> *Ibidem.*

tuazioni nelle quali la percentuale risulti puramente simbolica, come nel noto caso del tre per diecimila esaminato anni fa da una corte di merito<sup>22</sup>, non debbono ritenersi integrati i requisiti minimi della fattispecie legale, non potendosi parlare, in ipotesi siffatte, di soddisfacimento dei creditori (analogamente a quanto si afferma, *mutatis mutandis*, in tema di c.d. vendita *nummo uno*, dove la corresponsione di una somma puramente simbolica non può essere considerata alla stregua di un prezzo).

Così chiariti i termini della soluzione da ultimo accolta dalla Cassazione, merita domandarsi se essa appaia destinata a trovare conferma – sempre con esclusivo riferimento al concordato in continuità (stante il tenore dell’ultimo comma dell’art. 84) – anche dopo che sarà entrato in vigore il Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza.

Una delle novità introdotte dalla riforma attiene precisamente al contenuto del controllo giudiziale, dal momento che, ai sensi del comma 1 dell’art. 47, in sede di ammissione alla procedura, a seguito del deposito del piano e della proposta di concordato, il tribunale fa luogo all’apertura del concordato una volta “verificata l’ammissibilità della proposta e la fattibilità economica del piano ed acquisito, se non disponga già di tutti gli elementi necessari, il parere del commissario giudiziale, se nominato ai sensi dell’art. 44, comma 1, lettera b)”. Ai sensi del comma 3 della medesima norma, poi, il tribunale, “quando accerta la mancanza delle condizioni di ammissibilità e fattibilità di cui al comma 1, sentiti il debitore, i creditori che hanno proposto domanda di apertura della liquidazione giudiziale ed il pubblico ministero, con decreto motivato dichiara inammissibile la proposta e, su ricorso di uno dei soggetti legittimati, dichiara con sentenza l’apertura della liquidazione giudiziale”. Ed ancora, in base al comma 3 del successivo art. 48, il tribunale, in sede di omologazione, “verifica la regolarità della procedura, l’esito della votazione, l’ammissibilità della proposta e la fattibilità economica del piano, tenendo conto dei rilievi del commissario giudiziale”.

Orbene, il nuovo art. 47, pur introducendo lo scrutinio giudiziale sulla fattibilità economica del piano, non comporta, a ben vedere, la possibilità per il tribunale di negare l’ammissione al concordato ogniquale volta la percentuale offerta ai creditori chirografari venga giudicata troppo bassa. La verifica in questione, infatti, attiene al potere/dovere del giudice di valutare, di regola sulla scorta dei rilievi commissariali, l’effettiva realizzabilità del piano e, di con-

---

<sup>22</sup> Trib. Roma, 16 ottobre 2008, in *Dir. fall.*, II, p. 551. Sul tema specifico v., in luogo di altri, MACARIO, *Nuovo concordato preventivo e (antiche) tecniche di controllo degli atti di autonomia: l’inammissibilità della proposta per mancanza di causa*, in *Banca, borsa, tit.*, II, p. 736 ss., cui sia consentito aggiungere AMBROSINI, *La domanda di concordato*, in AMBROSINI-DEMARCHI-VITIELLO, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, Bologna, 2009, pp. 60-62.

seguenza, le concrete prospettive di soddisfacimento dei creditori, indipendentemente dall'entità dello stesso.

Potrà quindi accadere anche in futuro, ovviamente, che venga ritenuto non fattibile un piano che preveda una *recovery* – poniamo – del 15% per i chirografari e, viceversa, fattibile uno che contempri una percentuale compresa, ad esempio, fra il 2 e il 3%. Ciò che conta, ai fini della valutazione prognostica di cui trattasi, non è il livello della percentuale, ma la possibilità che il piano di concordato, per com'è in concreto strutturato, supportato dal punto di vista finanziario e attestato, assicuri realmente il risultato previsto a beneficio dei creditori<sup>23</sup>.

In definitiva, nell'ottica della nuova disciplina, non diversamente da quanto accade oggi, il giudizio sulla convenienza della soluzione concordataria resta riservato ai creditori anche nell'ipotesi in cui il loro soddisfacimento sia previsto in misura minimale, esulando ciò dallo scrutinio circa la fattibilità economica del piano di cui ai nuovi artt. 47 e 48 del Codice.

#### **4. Il dichiarato *favor* per il concordato con continuità: una strada lastricata di buone intenzioni**

Quello del *favor* per la soluzione concordataria (in continuità aziendale) è, nel nuovo assetto ordinamentale, il terreno elettivo sul quale misurare la distanza fra obiettivi enunciati e loro effettiva traduzione a livello di diritto positivo.

Interessante, da questo punto di vista, si rivela il tenore della Relazione illustrativa al d.lgs. n. 14/2019: “Nell'ultimo decennio il legislatore si è perciò indirizzato a favorire, nei limiti del possibile, il ricorso all'istituto concordatario, e nulla induce ora a sovvertire tale linea di condotta, pur con i contemperamenti che l'esperienza ha già mostrato essere necessari per evitare possibili abusi in danno dei creditori (...) In molti casi, tuttavia, le proposte concordatarie hanno continuato ad assumere il tradizionale contenuto della cessione dei beni, che raramente rappresenta per i creditori una soluzione davvero più vantaggiosa, (...) Il favore per l'istituto concordatario si giustifica, invece, principalmente quando esso valga a garantire la continuità aziendale e, per suo tramite, ricorrendone i presupposti, riesca altresì ad assicurare nel tempo una migliore soddisfazione dei creditori. Muovendo da tale empirica constatazione, si è ritenuto di incentivare il ricorso al concordato in continuità: quando cioè, vertendo l'impresa in situazione di crisi o anche di insolvenza, la proposta pre-

---

<sup>23</sup> AMBROSINI, *Brevi note sul soddisfacimento minimo dei creditori nel concordato preventivo, fra “causa concreta” e giudizio di convenienza (considerazioni de jure condito et condendo)*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), 14 febbraio 2019.

veda il superamento di tale situazione mediante la prosecuzione (diretta o indiretta) dell'attività aziendale, sulla base di un adeguato piano che consenta, al tempo stesso, di salvaguardare il valore dell'impresa e, tendenzialmente, i livelli occupazionali, con il soddisfacimento dei creditori”.

Rispetto a tale enunciazione “programmatica”, il disposto del comma 3 dell'art. 84 risulta, a ben guardare, in flagrante controtendenza. Ed invero, aver subordinato al superamento della prevalenza quantitativa – come si dirà – la possibilità di configurare un concordato in continuità contrasta con il fine, per l'appunto più dichiarato che concretamente perseguito, di favorire la continuità aziendale attraverso lo strumento concordatario. È infatti sufficiente che il valore dei beni oggetto di dismissione superi il valore dei beni destinati alla prosecuzione dell'attività d'impresa per ricadere, peraltro, in modo “artificioso” rispetto alle reali dinamiche della vita di un'azienda, nel perimetro applicativo del concordato liquidatorio, arrivando così a negare la tutela della continuità aziendale sulla base di un criterio tanto rigido e formale quanto, appunto, poco aderente alla realtà delle nostre imprese.

In altri termini, la continuità aziendale non prevalente può iscriversi nel quadro concordatario solo a condizione che siano rispettate le soglie di cui all'art. 84, ultimo comma.

In mancanza di ciò, l'unico modo per proseguire l'attività, da parte però, a quel punto, del curatore, è la liquidazione giudiziale con esercizio provvisorio (art. 211).

Ne consegue che uno dei primi aspetti cui si dovrebbe porre mano nella (auspicata) riscrittura delle norme in materia di concordato – a cominciare dal superamento dei vincoli della legge delega – consiste nell'espunzione dell'improvvido (e, come si è visto, incoerente) criterio della prevalenza<sup>24</sup>.

Discorso analogo, come si dirà al paragrafo 8, vale per i limiti introdotti dall'art. 84 con riferimento alla continuità indiretta: limiti, oltretutto, eccedenti il perimetro della delega.

---

<sup>24</sup>Prima ancora del varo del decreto legislativo delegato, autorevole dottrina aveva ammonito circa il rischio, per l'istituto concordatario, di subire “una regressione (in termini di ragionevolezza e di fruibilità) verso un approdo persino peggiore rispetto a quello risultante dalla originaria disciplina del 1942; meglio dunque sarebbe lasciar decadere la legge delega e ripartire con un nuovo progetto, che – lungi dal contrastare la precedente e recente riforma (quella avviata a partire dal 2005) – si limiti a completarla, in direzione e nel rispetto dell'autonomia contrattuale del debitore e dei suoi creditori, cioè dei principali (ancorché non unici) portatori degli interessi meritevoli di tutela nella soluzione delle crisi d'impresa, che il giudice – garante della correttezza del procedimento – è chiamato ad agevolare nell'interesse generale dell'economia, non a contrastare” (CENSONI, *La “controriforma” della disciplina del concordato preventivo*, in *www.ilcaso.it*, 11 aprile 2018, p. 29). Parole che suonano tanto più profetiche oggi che la situazione economica è estremamente peggiorata rispetto a tre anni fa.



Dove invece obiettivi e soluzioni sembrano essere coerenti gli uni con le altre è nell'ambito dei principi generali di carattere processuale e, segnatamente, all'art. 7, il cui comma 2 prevede che debba essere dato esame prioritario alle domande che contemplano il mantenimento della continuità aziendale, anche indiretta, purché nel piano sia esplicitata la convenienza per i creditori della soluzione proposta e sempre che la domanda medesima non sia manifestamente inammissibile o infondata.

Con il che viene, fra l'altro, sancita in via generale la necessità di indicare espressamente la convenienza della soluzione concordataria per i creditori (norma, per vero, non strettamente indispensabile), laddove – come si diceva in precedenza – il requisito del miglior soddisfacimento dei creditori è previsto solo con riferimento al concordato in continuità.

Improntata a evidente *favor* per il concordato è poi la norma sul c.d. *cram down* dei crediti tributari e previdenziali introdotta – in via anticipata rispetto all'art. 48, comma 5, CCI – dalla legge 27 novembre 2020, n. 159, ai sensi della quale all'art. 182-*bis*, comma 4, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: “Il tribunale omologa l'accordo anche in mancanza di adesione da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie quando l'adesione è decisiva ai fini del raggiungimento della percentuale di cui al comma 1 e quando, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista di cui al medesimo comma, la proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria”. Disposizione, questa, che, in coerenza sia con il predetto *favor*, sia con l'opportuna eterotutela giudiziale di creditori quali Fisco e INPS ogniqualvolta le determinazioni di essi non mirino effettivamente all'obiettivo del loro miglior soddisfacimento, deve trovare applicazione – a dispetto dell'infelice tenore letterale – non soltanto in caso di mancata espressione del voto, ma anche nell'ipotesi di voto negativo reso dai creditori in questione<sup>25</sup>.

In ogni caso, è forte la percezione, alla luce di una disciplina del concordato – quella del Codice della crisi – oggettivamente più rigorosa, nel suo complesso, di quella vigente, che la riforma non sia a ben vedere improntata a un reale *favor* per la soluzione concordataria *tout court* e neppure, a ben vedere,

---

<sup>25</sup> Nello stesso senso, in giurisprudenza, Trib. Teramo, 14 aprile 2021, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Genova, 13 maggio 2021, *ivi*; *contra* Trib. Bari, 18 gennaio 2021, *ivi*. In dottrina, variamente orientati, PACCHI-MONTELEONE, *Il nuovo “cram down” del tribunale nella transazione fiscale*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), 9 febbraio 2021; ANDREANI-CESARE, *Il voto espressamente negativo come presupposto del cram down fiscale*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), 2 marzo 2021; DANOVÌ-GIUFFRIDA, *Cram down fiscale e previdenziale*, in *Nuova transazione fiscale*, a cura di Danovi-Acciaro, Milano, 2021, p. 41 ss.