

ARTICOLI

**Su di alcuni limiti di liceità
del contratto di concordato
preventivo nel
Codice della Crisi e
nella bozza di modifiche**

Gianluca Mucciarone

Professore Associato di Diritto dell'Economia
Università Cattolica del Sacro Cuore

Dialoghi di Diritto dell'Economia

Rivista diretta da

Raffaele Lener, Roberto Natoli, Andrea Sacco Ginevri, Filippo Sartori,
Antonella Sciarrone Alibrandi

Direttori di area

Attività, governance e regolazione bancaria

Prof. Alberto Urbani, Prof. Diego Rossano, Prof. Francesco Ciruolo, Prof.ssa Carmela Robustella,
Dott. Luca Lentini

Mercato dei capitali finanza strutturata

Prof. Matteo De Poli, Prof. Filippo Annunziata, Dott. Ugo Malvagna, Dott.ssa Anna Toniolo,
Dott. Francesco Petrosino

Assicurazioni e previdenza

Prof. Paoloefisio Corrias, Prof. Michele Siri, Prof. Pierpaolo Marano, Dott. Giovanni Maria Berti De
Marinis, Dott. Massimo Mazzola

Contratti di impresa, concorrenza e mercati regolati

Prof.ssa Maddalena Rabitti, Prof.ssa Michela Passalacqua, Prof.ssa Maddalena Semeraro,
Prof.ssa Mariateresa Maggiolino

Diritto della crisi di impresa e dell'insolvenza

Prof. Aldo Angelo Dolmetta, Prof. Gianluca Mucciarone, Prof. Francesco Accettella, Dott. Antonio
Didone, Prof. Alessio di Amato

Fiscalità finanziaria

Prof. Andrea Giovanardi, Prof. Nicola Sartori, Prof. Francesco Albertini, Dott. Ernesto Bagarotto

Criteri di Revisione

I contributi inviati per la pubblicazione sui Dialoghi di Diritto dell'Economia – editoriali, articoli, note – sono sottoposti a una procedura di valutazione scientifica.

Dopo un primo vaglio della Direzione scientifica, ogni contributo è sottoposto ad uno o più revisori sulla base delle indicazioni dei Direttori d'Area.

La revisione viene effettuata con il sistema dell'anonimato: il Revisore non conosce l'identità dell'Autore, né l'Autore quella del Revisore.

Nel caso di giudizio positivo subordinato a modifiche o integrazioni suggerite dal Revisore, l'autore provvederà ad effettuare le correzioni entro quindici giorni.

L'accettazione dello scritto ai fini della pubblicazione sulla Rivista vincola l'Autore a non pubblicare altrove il contributo senza il consenso scritto dell'Editore.

Sede della Redazione

Università degli Studi di Trento – Facoltà di Giurisprudenza

Via Verdi, n. 53, 38122 TRENTO

Sommario: 1. Emarginazione del concordato semplificato. – 2. Non deteriore soddisfacimento dei creditori ed iniziativa di parte. – 3. Moratoria del privilegio. – 4. Plusvalore concordatario e *par condicio*. – 5. Ricavi della continuità e soddisfo del debito concordatario.

1. Emarginazione del concordato semplificato

Queste note sono destinate unicamente al concordato preventivo, non al concordato semplificato, disciplinato agli articoli 18 e 19 del c.d. "Decreto 118"¹.

Il concordato semplificato è trattato a parte, rispetto al concordato preventivo, anche nel Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, nella versione che risulta dalle modifiche contenute nello "Schema di decreto legislativo recante modifiche al Codice", pubblicata a marzo 2022. La Bozza – così per brevità, e correttezza – colloca il concordato semplificato nel titolo II del Codice della Crisi, agli articoli 25-*sexies* e 25-*septies*, in coda alla composizione negoziata della crisi; mentre il concordato preventivo continua ad essere nel titolo IV.

Il concordato semplificato ha natura diversa dal concordato preventivo: questo è, di regola, nell'essenza, un contratto, la cui efficacia è subordinata ad un provvedimento del giudice²; quello un atto modificativo unilaterale, del debitore in crisi, la cui efficacia è subordinata ad un provvedimento del giudice³.

1 D.l. 24 agosto 2021, n. 118, convertito in legge con legge 21 ottobre 2021, n. 147, recante "Misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale, nonché ulteriori misure urgenti in materia di giustizia".

2 Salvo il caso particolare in cui la maggioranza dei crediti sia rappresentata da tributi erariali e/o contributi previdenziali e assistenziali, in cui l'omologa può prescindere dal consenso dello Stato e degli enti previdenziali e assistenziali ed essere dunque pronunciata pur in difetto del voto di altri creditori (art. 180, co. 3, l.f.), salvo questo caso, per il perfezionamento del concordato, è pur sempre necessario il consenso di almeno un creditore. Per l'efficacia del contratto è richiesto un provvedimento del giudice al fine di verificare, principalmente, che il contratto abbia i requisiti di contenuto e siano stati posti in essere gli adempimenti procedurali – come la relazione del commissario – imposti dalla legge a compensare la possibilità, affatto particolare rispetto al principio della relatività degli effetti pregiudizievoli del contratto (artt. 1372, co. 2, e 1411 c.c.), che il contratto concordatario produca effetti pregiudizievoli, *pregiudizievoli se per sé stessi considerati*, nei confronti dei creditori dissenzienti. Il processo assolve oltre a tali funzioni, quella di agevolare la formazione dell'accordo e di evitare lesioni della *par condicio* e l'aggravamento della crisi sino alla formazione del contratto e al controllo finale del giudice. Per un quadro del dibattito sulla natura, quanto a struttura, del concordato preventivo P. F. CENSONI, *Il concordato preventivo*, in *Tratt. Jorio-Sassani*, IV, Milano, 2016, 11 ss.

3 Neppure essendo prevista la possibilità che i creditori si pronuncino a favore del concordato, l'espressione "proposta di concordato" con riguardo a tale specie di concordato è affatto fuorviante ed anzi lo è la stessa espressione "concordato": salvo che questo debba ritenersi formato tra il debitore ed il giudice!

E' tutto da vedere in che misura la disciplina del concordato preventivo, di quello in continuità e di quello liquidatorio, sia estensibile al concordato semplificato.

Tanto più che non solo nella struttura, ma anche quanto a funzione i due concordati potrebbero differire sensibilmente: ché, mentre il concordato preventivo è volto – l'affermazione è di approssimazione – al soddisfo dei creditori, quello semplificato non può dirsi con certezza che non sia volto alla liberazione dal debito pur senza alcun soddisfo. Il comma 5 dell'articolo 18 del Decreto 118 prevede infatti che l'omologa del concordato richiede che "la proposta non arreca pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa fallimentare e comunque assicura un'utilità a ciascun creditore". Il requisito, alla lettera, è integrato anche quando il concordato non promette alcun pagamento ai creditori preesistenti, né il fallimento lo permetterebbe, ma il concordato assicura la continuazione dell'impresa – che solo evitando il fallimento vi sarebbe – e a ciascun creditore garantisce la prosecuzione o la costituzione di convenienti rapporti: l'impresa ha bisogno di nuova finanza per proseguire e l'acquirente dell'azienda è disponibile ad immetterla, pagando però in corrispettivo dell'acquisto solo il tanto che basta per le spese di procedura; in caso di fallimento l'azienda, nel complesso o a pezzi, non avrebbe mercato o frutterebbe solo l'equivalente delle spese di procedura. L'ipotesi concordataria delineata – e a prescindere che sia lo sbocco di una tentata composizione negoziata della crisi – mi pare ben meritevole di tutela: tanto più che neppure urta con il principio dell'accordo, ché produce nei confronti dei creditori effetti, al fondo, favorevoli. Così come meritevole di tutela potrebbe essere anche un concordato semplificato in continuità diretta, anche solo se non deteriore per i creditori rispetto al fallimento⁴.

2. Non deteriore soddisfacimento dei creditori ed iniziativa di parte

Il concordato preventivo è un contratto che, quanto a funzione – si è già detto in approssimazione –, deve sempre essere diretto al soddisfacimento dei creditori⁵.

⁴ E v. anche, in proposito, mio *La composizione negoziata della crisi: prime note su effettività e benefici*, in questa *Rivista*, maggio 2022, 6 s.

⁵ Di tale avviso, *ex multis*, S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Tratt. Cottino*, XI, Padova, 2008, 33; ID., *Il concordato preventivo*, in *Tratt. Vassalli-Luiso-Gabrielli*, IV, Torino, 4; M. FABIANI, *Concordato preventivo*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2014, 52 ss.; P. F. CENSONI, *Il concordato preventivo*, cit., 10; A. NIGRO e D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, ed. 4, Bologna, 2017, 349; F. LAMANNA, *Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza (III)*, Milano, 2019, 8; D. GALLETI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori: brevi note sui principi generali e sugli interessi tutelati*, in *Ilfallimentarista.it*, 28 febbraio 2019, § 3; G. D'ATTORRE, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, Milano, 2020, 84.

L'articolo 180 l.f. si contenta di un soddisfo "non inferiore alle alternative concretamente praticabili". L'articolo 186-bis punta "al miglior soddisfacimento". Dunque? Non inferiore per il concordato liquidatorio, migliore per quello in continuità? ⁶

Comunque, ad oggi la nullità del contratto per tale difetto, per tale illiceità della causa, ché di ciò si sta parlando, può essere rilevata dal giudice solo in sede di omologa, su eccezione di parte, non d'ufficio⁷: in "deroga" all'articolo 1421 c.c.

L'articolo 84 del Codice della Crisi esplicita che la causa del contratto concordatario è il soddisfacimento dei creditori; la Bozza, a modifica dell'articolo 84, precisa: "non deteriore" rispetto al fallimento. Allinea a ciò l'attestazione nel concordato in continuità, modificando l'articolo 85. Il giudizio sulla convenienza in sede di omologa resta fermo, nell'articolo 112 del Codice della Crisi, al soddisfacimento "non inferiore": che, forse, può intendersi anche in senso qualitativo: "non deteriore" non solo in quantità, ma anche nei mezzi e nei tempi.

Ma allora, data la nuova norma dell'articolo 84, che esplicita il limite funzionale del contratto concordatario, il giudice potrebbe non ammettere la domanda di accesso al procedimento se la proposta non è almeno parimenti conveniente rispetto al fallimento? Ovvero revocare l'ammissione se ciò emergesse in seguito?

Certo, la ricordata norma dell'articolo 112 del Codice della Crisi, 180 della legge fallimentare, che chiama il giudice alla valutazione di convenienza nel procedimento per l'omologa in caso di opposizione da parte di creditori dissenzienti qualificati per valore, non avrebbe gran senso. E certo non è quella la *mens* del legislatore dello Schema. I principi, però, spingono, in quella direzione: di regola, se il contratto ha causa illecita, la sua nullità dev'essere rilevata dal giudice.

⁶ Nel senso che entrambi i concordati, ancora nel Codice della Crisi nella versione oggi emanata, debbano essere diretti al miglior soddisfacimento dei creditori, F. LAMANNA, *Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza (III)*, cit., 8; G. D'ATTORRE, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., 84.

⁷ *Contra* D. GALLETTI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori: brevi note sui principi generali e sugli interessi tutelati*, cit., § 3, secondo cui il giudice deve dichiarare inammissibile la proposta di concordato in continuità non solo quando l'attestazione sia inadeguata circa la verifica del "miglior soddisfacimento dei creditori", ma quando la proposta risulti priva di tale requisito benché l'attestazione possa dirsi in merito adeguata, laddove il giudice deve ammettere la proposta di concordato liquidatorio pur quando risulti peggiore del fallimento.

3. Moratoria del privilegio

Ammesso il degrado dei crediti muniti di prelazione, la giurisprudenza ha relativizzato anche il divieto di differimento del pagamento del privilegio: ammettendolo anche oltre il momento di liquidazione del bene cui pertiene la prelazione⁸, purché la relazione dell'esperto attesti tale momento e la perdita economica, misurata dagli interessi, che subisce così il privilegio: per la quale verrebbe compensato con il voto.

La soluzione ha tratto conferma anche dalla norma dell'art. 186-*bis*, lett. c, l.f. per il concordato in continuità: che prevede che, se del bene non è programmata la liquidazione, la moratoria del soddisfo del privilegio può essere estesa sino a due anni: solo in tal caso – di continuità senza liquidazione del bene – per il *favor* per la continuità, senza voto.

Da notare, peraltro, che in tal caso il credito privilegiato non corre rischio di perdere la prelazione, del bene non prevedendosi l'alienazione. Da notare altresì che, quando del bene sia invece prevista la liquidazione ed il soddisfo sia promesso oltre tale momento, il creditore corre il rischio di non essere pagato e di aver perduto la prelazione: nel sistema il voto è dato non per un sacrificio, ma per il rischio che si corre: e il rischio, in quel caso, non è punto commisurato dagli interessi.

Nel Codice della Crisi, per il concordato in continuità, si ammette ancora, ove non sia prevista la liquidazione del bene cui pertiene la prelazione, la moratoria sino a due anni e pure in questo caso si attribuisce il voto (art. 86), per una parte, piccola, del credito. Cosa significa? Che nel concordato liquidatorio la dilazione del pagamento del privilegio non è ammessa?⁹ Perché se si prevede sino a due anni, a meno che non ci sia liquidazione del bene, e si dà il voto, cosa si potrebbe dare più del voto per una moratoria oltre i due anni? A rigore, però, la norma in discorso non esclude che, se prevista la liquidazione, si possa andare oltre i due anni: sempre con voto. Ma il fatto è che, se non è prevista la liquidazione, ha senso differire, facendo votare solo per gli interessi: comunque il credito resta assistito dalla garanzia; ma se si liquida il bene e si differisce oltre il tempo della liquidazione, si toglie la garanzia oltre il momento della liquidazione e allora perché far votare solo per gli interessi?

La Bozza modifica l'articolo 86, nonché l'articolo 109, in materia di voto.

⁸ Cass., 9 maggio 2014, n. 10112.

⁹ Afferma F. LAMANNA, *Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza (III)*, cit., 15: "viene così radicalmente (e giustamente) sconfessata l'assurda tesi poc'anzi ricordata, prospettata dalla S. Corte".

L'86, pur modificato, continua ad essere intitolato alla "moratoria nel concordato in continuità" e statuisce: "il piano può prevedere una moratoria [...] salvo che sia prevista la liquidazione dei beni [in garanzia]. Per i[1] privilegio de[1] 2751-bis n. 1 [...] può essere prevista una moratoria fino a sei mesi dall'omologazione".

La Relazione illustrativa della Bozza afferma che si è voluto "dettare una regola generale per il pagamento differito dei creditori privilegiati in caso di liquidazione dei beni che li garantiscono". Qual è la regola generale? Che non si può differire in caso di liquidazione dei beni? Neppure per il tempo della liquidazione? Oppure che si può "morare" *sine die* in caso di non liquidazione del bene ovvero, in caso di liquidazione, non oltre il momento della liquidazione?

L'articolo 109, comma 5, modificato dalla Bozza, prevede, trattando del concordato in continuità: "i creditori muniti di diritto di prelazione non votano se soddisfatti [...] entro centottanta giorni [...] e purché la garanzia [...] resti ferma fino alla liquidazione, funzionale al loro pagamento, dei beni [...] sui quali sussiste la [...] prelazione. Nel caso di privilegio di cui al [...] 2751-bis, n. 1, [...] il termine di cui al periodo precedente è di trenta giorni".

Questa norma prevede, *se ben intendo*, un'ipotesi di liquidazione del bene di almeno sei mesi con differimento del pagamento sino a sei mesi: in tal caso il voto è escluso. *A contrario*, per quel che vale tale argomento, ammetterebbe un'ipotesi di liquidazione oltre sei mesi con differimento del pagamento oltre i sei mesi: in tal caso il voto dovrebbe essere accordato. E se non fosse prevista la liquidazione, ma solo la moratoria? Varrebbe la stessa doppia regola? No diritto di voto se il pagamento è promesso nei sei mesi, diritto di voto altrimenti? E se fosse prevista la liquidazione oltre i sei mesi e il pagamento in momento successivo a quello della liquidazione? Diritto di voto pure in tal caso? La disciplina del differimento e del voto appena ipotizzata per il caso di liquidazione del bene varrebbe anche per il concordato liquidatorio? Ché, si rimarca, l'articolo 109, comma 5, è dettato anch'esso, come l'articolo 86 sulle condizioni del differimento del pagamento del privilegio, per il concordato in continuità.

La Relazione non affronta le domande proposte, mi pare, e si cura di portare l'attenzione su di un altro profilo: nel caso non sia promesso il pagamento integrale entro sei mesi, il creditore con prelazione, cui è dato il voto, ne ha diritto per l'intero credito: punto, questo, per vero, per nulla chiaro nel testo della norma, per quanto di grande frattura rispetto al diritto vivente sinora e alla soluzione del Codice della Crisi nel testo emanato.

Difficile, mi sembra, venirne a capo.

4. Plusvalore concordatario e *par condicio*

La Bozza recepisce la regola, già invalsa nella giurisprudenza, della facoltà di distribuire il c.d. "plusvalore concordatario" senza rispetto dell'ordine delle prelazioni e della *par condicio*.

Questa facoltà è recepita in termini diversi con riguardo al concordato in continuità e con riguardo a quello liquidatorio.

Stranamente essa è recepita nei limiti già stabiliti dalla giurisprudenza con riguardo al concordato in continuità (articolo 84, comma 6), oltre detti limiti con riguardo al concordato liquidatorio (articolo 84, comma 4).

Più precisamente, nel concordato in continuità, il plusvalore deve comunque distribuirsi senza che una classe inferiore riceva un trattamento migliore di quello riservato ad una superiore¹⁰: sicché la deviazione dall'ordine delle prelazioni e della *par condicio* è contenuta.

Invece, nel concordato liquidatorio, la norma è netta e drastica: "le risorse esterne possono essere distribuite in deroga agli articoli 2740 e 2741 del codice civile purché sia rispettato il requisito del venti per cento": il soddisfo del chirografo per almeno il venti per cento è il solo limite. Non ha senso il maggior rigore per la distribuzione del plusvalore nel concordato in continuità: tanto più la *par condicio* tra i chirografari può già superarsi con la formazione delle classi.

Ma cos'è plusvalore concordatario? A stare a pronunce milanesi, il maggior prezzo della vendita dell'azienda rispetto a quello effettivo di mercato non sarebbero risorse esterne¹¹; una pronuncia del Tribunale di Lecco ha ritenuto finanza esterna l'accollo di debiti da parte del compratore dell'azienda in corrispettivo della stessa oltre l'effettivo valore di mercato dell'azienda¹².

¹⁰ Nel concordato in continuità, secondo la Bozza, la divisione dei crediti in classi è obbligatoria: art. 85, co. 3.

Non si prevede più, mi sembra, un criterio per la formazione delle classi ed anzi si prevede che il piano debba indicare "i criteri di formazione utilizzati": art. 87, lett. *m*. Peraltro, posto il principio della *par condicio*, sarebbe comunque criterio imperativo quello della omogeneità di posizione giuridica (in cui sempre si sintetizzano gli interessi economici rilevanti).

¹¹ P.es., Trib. Milano, 15 dicembre 2016, rel. F. D'Aquino.

¹² Trib. Lecco, decr., 23 giugno 2020, rel. D. Colasanti.

5. Ricavi della continuità e soddisfo del debito concordatario

Il Codice della Crisi prevede, per il concordato in continuità, che il debito concordatario sia soddisfatto "in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale": articolo 84, comma 3.

La Bozza ammorbidisce la regola: il soddisfo del debito concordatario può avvenire "in misura anche non prevalente" con i ricavi della continuità.

La legge fallimentare vigente non richiede che i ricavi della continuità siano asserviti al debito concordatario: in effetti, alla continuità dell'impresa gioverebbe un aumento di capitale, magari liberato da nuovi soci, sufficiente al pagamento del debito concordatario, magari immediato: perché ciò non sarebbe degno delle agevolazioni del concordato in continuità?

E torno a farmi la domanda posta in fine del primo paragrafo: perché non dovrebbe essere un concordato meritevole quello che assicura la continuazione dell'impresa senza il soddisfo dei creditori, se comunque il fallimento non lo consentirebbe: tanto più se la continuazione dell'impresa con azzeramento del debito fosse approvata dai creditori e quindi l'azzeramento del debito fosse l'effetto di una remissione, sia pur a maggioranza, magari qualificata.