

DIRITTO FALLIMENTARE

0011 0010 1010 1101 0001 0100 1011

corso a.a. 2018-2019

1 2
4 5

DI COSA PARLEREMO?

0011 0010 1010 1101 0001 0100

- **Perché l'imprenditore si indebita?**
- **E' razionale indebitarsi?**
- **Cosa succede quando non si pagano più i debiti?**

45

Perché l'imprenditore si indebita?

0011 0010 1010 1101 0001 0100

- **L'imprenditore si indebita per finanziare investimenti produttivi**
- **Il consumatore si indebita per finanziare l'acquisto di beni non produttivi**



Perché l'imprenditore si indebita?

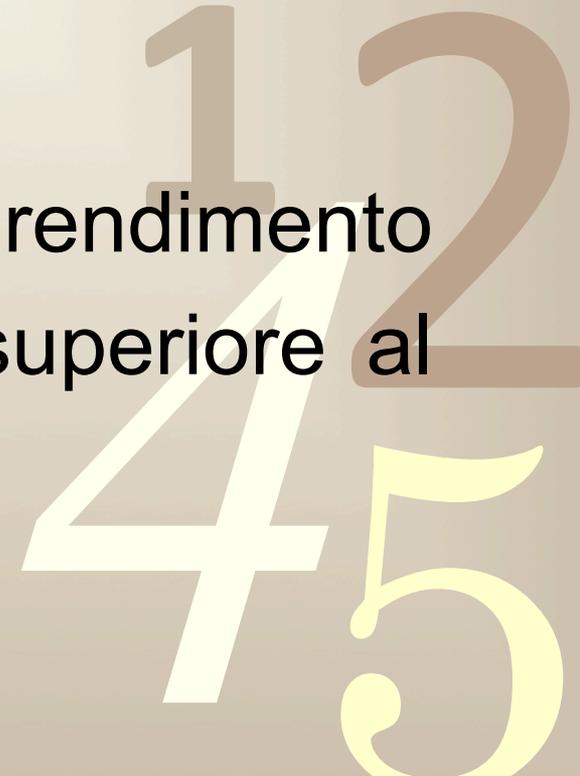
0011

Attivo (investimenti)	Passivo (debiti) + Netto
Immobilizzazioni Attivo circolante Rimanenze Crediti Liquidità	Capitale Riserve Utili/Perdite
	Debiti

E' razionale indebitarsi?

Indebitarsi è *possibile* (cioè *sostenibile*) se l'investimento genera un rendimento sufficiente a pagare il costo del debito, vale a dire gli interessi.

Indebitarsi è *conveniente* se il rendimento generato dall'investimento è superiore al costo del debito.



Immaginiamo un **investimento di 100** che generi ricavi pari al 10%, in un contesto virtuoso (il debito costa meno del rendimento dell'investimento)

Capitale proprio	Debito	EBIT (10 % inv.)	Interessi (6 % debito)	Utile netto (EBIT - intt.)	
100	0	10	0	10	
80	20	10	1,20	8,80	
50	50	10	3,00	7,00	
10	90	10	5,40	4,60	
1	99	10	5,94	4,06	

Quanto ha reso il capitale investito?

Capitale proprio	Debito	EBIT (10% inv.)	Interessi (6% debito)	Utile netto (EBIT-intt.)	R.O.E. (Return on equity)
100	0	10	0	10	10 %
80	20	10	1,20	8,80	11 %
50	50	10	3,00	7,00	14 %
10	90	10	5,40	4,60	46 %
1	99	10	5,94	4,06	406 %

Cosa succede se cambia lo scenario?
Adesso **il debito costa più del rendimento dell'investimento**

Capitale proprio	Debito	EBIT -10%	Interessi (15% debito)	Risultato (EBIT-intt.)	Capitale dopo utile/ perdite
100	0	-10	0	-10	90
80	20	-10	3	- 13	67
50	50	-10	7,50	- 17,50	32,50
20	80	-10	12	- 22,00	- 2
1	99	-10	14,85	- 24,85	- 23,85

DI COSA PARLEREMO?

0011 0010 1010 1101 0001 0100

- **Funzione delle procedure concorsuali:
consentire la soddisfazione dei creditori**
- **Può realizzarsi per due vie (alternative)**
 - **rimuovere dal mercato un imprenditore insolvente, oppure**
 - **consentire il salvataggio - dell'imprenditore e/o dell'azienda**

rimuovere dal mercato un imprenditore insolvente

0011 0010 1010 1101 0001 0100

- **le procedure concorsuali hanno una dimensione processuale e un contenuto oggettivo**



consentire il salvataggio - dell'imprenditore e/o dell'azienda

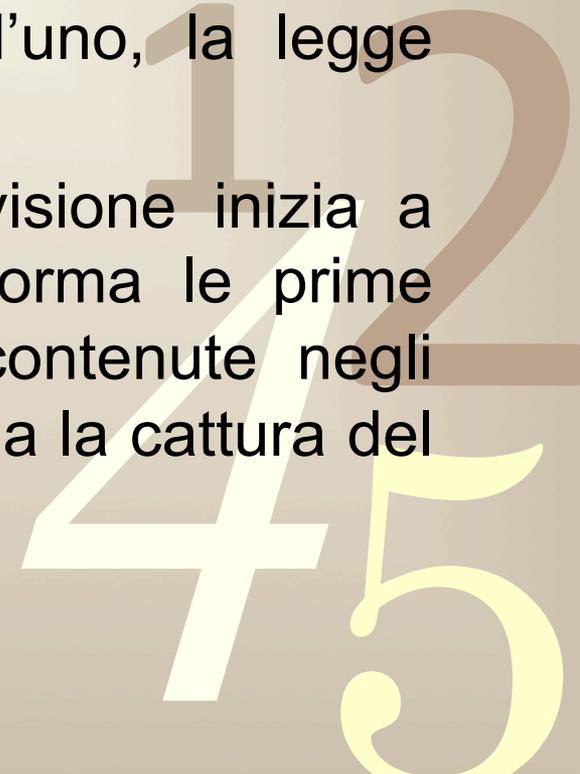
- **le procedure concorsuali hanno una dimensione negoziale...**
- **ma anche aziendalistica**



La sorte del debitore che non paga i debiti

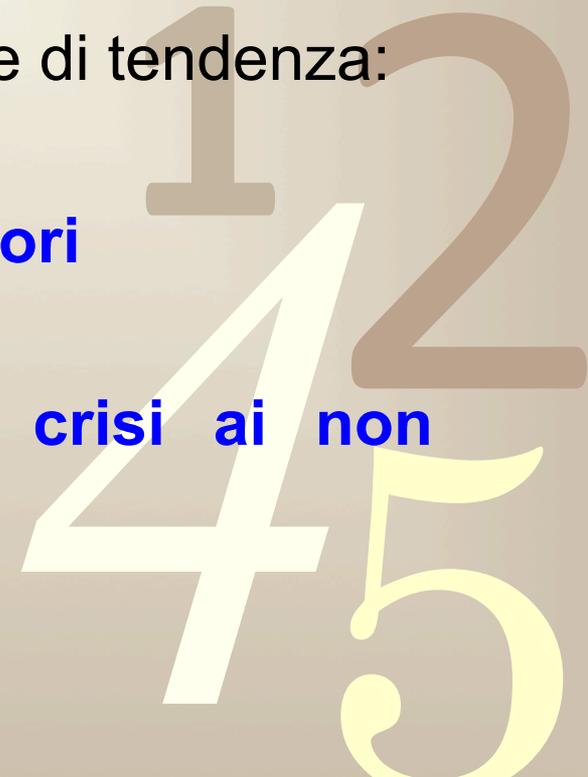
0011 0010 1010 1101 0001 0100

- XII Tavole (V sec. A.C.) – il debitore è *addictus* fisicamente al suo creditore, il quale può utilizzarlo come schiavo, venderlo *trans Tiberim* o metterlo a morte ... se i creditori erano più d'uno, la legge diceva ***partes secanto***
- Età dei Comuni (XI-XIII sec.) - la visione inizia a cambiare e negli statuti prendono forma le prime legislazioni sul fallimento, sovente contenute negli statuti delle corporazioni. Si abbandona la cattura del debitore per autorità privata



- ... ma sopravvivono forme di pena esemplare, come la **pietra del vituperio** o limitazioni alla vita pubblica
- così come la carcerazione – anche dei familiari – e la tortura o la pena di morte
- Le caratteristiche del fallimento sono fissate nella **universalità** e **concorsualità**
- Nasce la soluzione alternativa al fallimento: il **concordato**
- Nel XVI sec. si introduce la distinzione tra gli insolventi che erano tali **fortunae vitio**, quelli che erano tali **suo vitio** e quelli, infine, che erano tali *partim suo partim fortunae vitio*: i primi sono trattati con mitezza e il fallimento coinvolge solo il loro patrimonio

- Nella codificazione di fine ottocento si consolida la disciplina del fallimento come fenomeno limitato agli imprenditori; le conseguenze sanzionatorie rimangono limitate al piano civile e politico; le sanzioni penali sono riservate a comportamenti limitati (irregolarità contabili, distrazione di beni, pagamenti preferenziali)
- La disciplina attuale segue alcune linee di tendenza:
 - **conservazione dell'attività**
 - **favore per gli accordi con i creditori**
 - **esdebitazione e *fresh restart***
 - **estensione delle procedure di crisi ai non imprenditori (consumatori)**

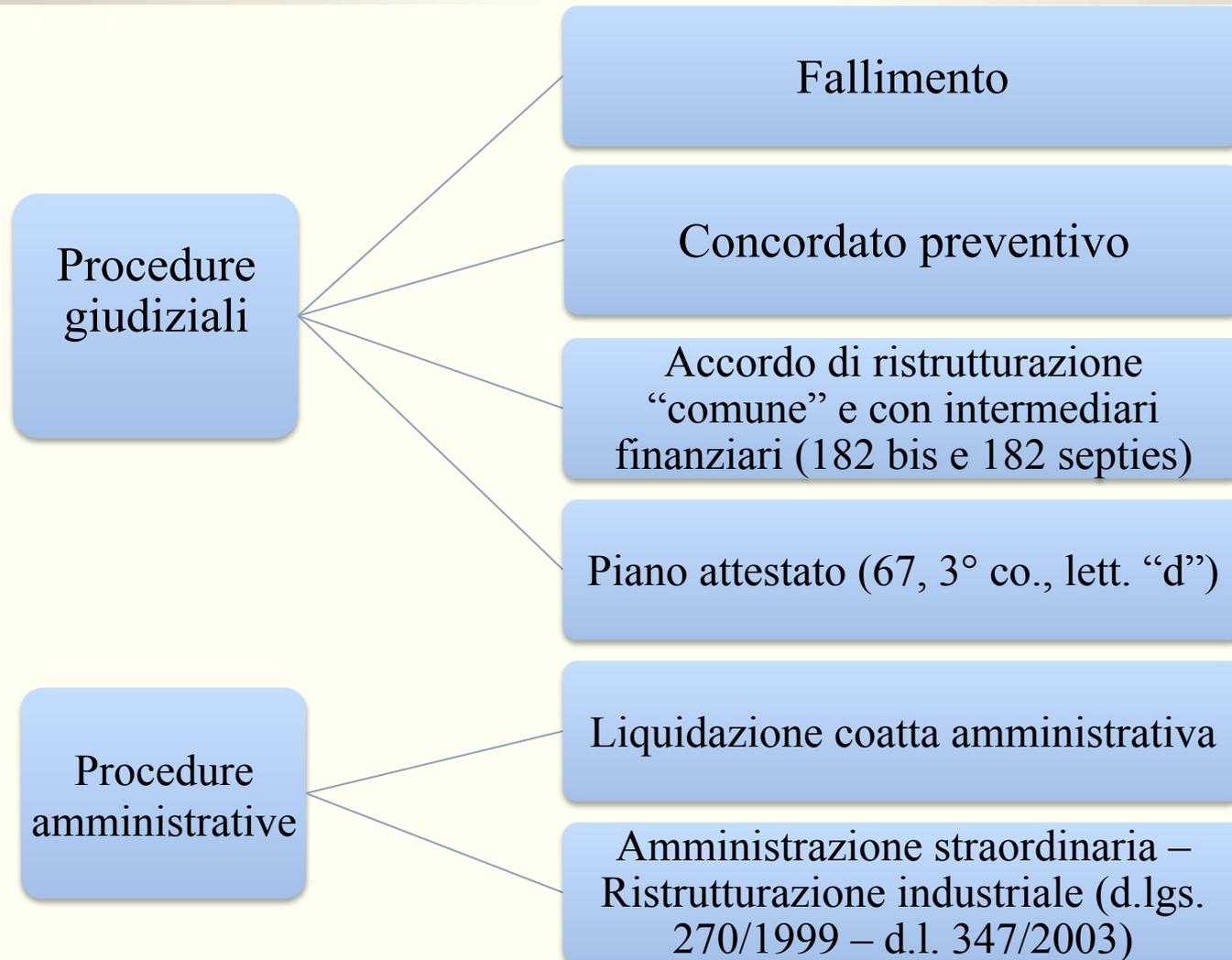


Le procedure concorsuali

0011



Procedure giudiziali vs. procedure amministrative



Art. 2135

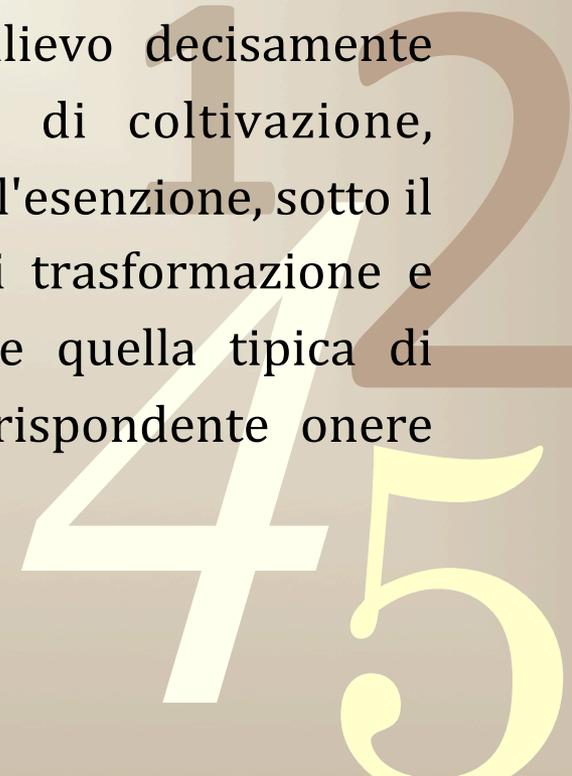
Imprenditore agricolo

- I. È imprenditore agricolo chi esercita una delle seguenti attività: coltivazione del fondo, selvicoltura, allevamento di animali e attività connesse.
- II. Per coltivazione del fondo, per selvicoltura e per allevamento di animali si intendono le attività dirette alla cura ed allo sviluppo di un ciclo biologico o di una fase necessaria del ciclo stesso, di carattere vegetale o animale, che utilizzano o possono utilizzare il fondo, il bosco o le acque dolci, salmastre o marine.
- III. Si intendono comunque connesse le attività, esercitate dal medesimo imprenditore agricolo, dirette alla manipolazione, conservazione, trasformazione, commercializzazione e valorizzazione che abbiano ad oggetto prodotti ottenuti prevalentemente dalla coltivazione del fondo o del bosco o dall'allevamento di animali, nonché le attività dirette alla fornitura di beni o servizi mediante l'utilizzazione prevalente di attrezzature o risorse dell'azienda normalmente impiegate nell'attività agricola esercitata, ivi comprese le attività di valorizzazione del territorio e del patrimonio rurale e forestale, ovvero di ricezione ed ospitalità come definite dalla legge.

La giurisprudenza recente

0011 0010 1010 1101 0001 0100

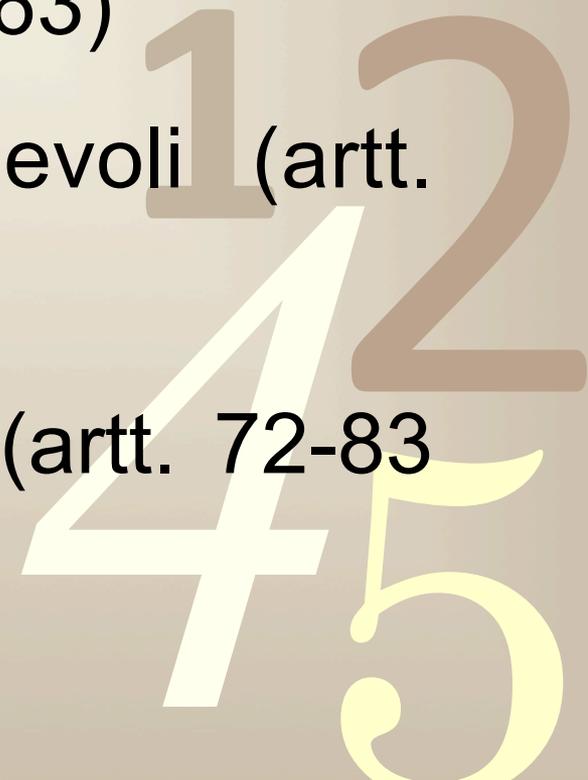
“L'esenzione dell'imprenditore agricolo dal fallimento viene meno ove non sussista, di fatto, il collegamento funzionale della sua attività con la terra, intesa come fattore produttivo, o quando le attività connesse di cui all'art. 2135, comma 3, c.c. assumano rilievo decisamente prevalente, sproporzionato rispetto a quelle di coltivazione, allevamento e silvicoltura, gravando su chi invochi l'esenzione, sotto il profilo della connessione tra la svolta attività di trasformazione e commercializzazione dei prodotti ortofrutticoli e quella tipica di coltivazione ex art. 2135, comma 1, c.c. il corrispondente onere probatorio” (Cass. 8 agosto 2016, n. 16614).



Effetti del fallimento

0011 0010 1010 1101 0001 0100

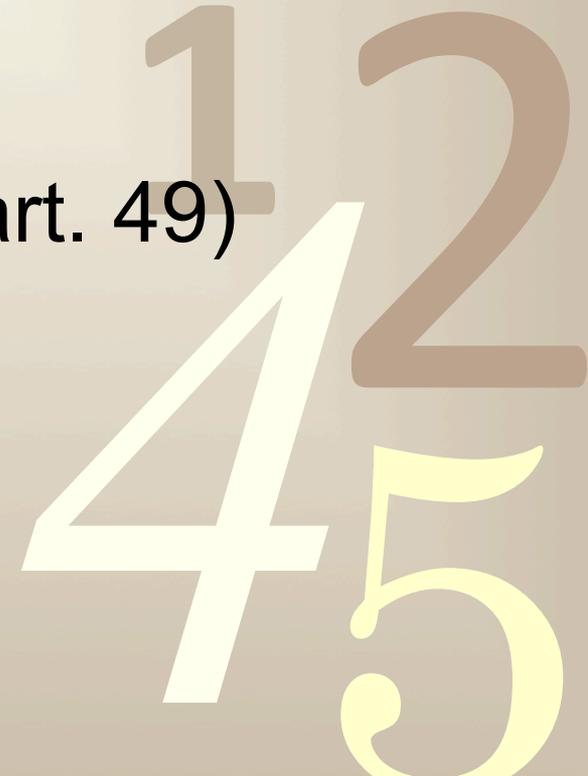
- Effetti per il debitore (artt. 42-50)
- Effetti per i creditori (artt. 51-63)
- Effetti sugli atti pregiudizievoli (artt. 64-71)
- Effetti sui rapporti pendenti (artt. 72-83 bis)



Effetti per il debitore

Effetti personali

- Redditi e alimenti (artt. 46, nn. 2 e 3; 47)
- Corrispondenza (art. 48)
- Residenza e comparizione (art. 49)



Effetti per il debitore

Effetti patrimoniali

Perdita della legittimazione a disporre con atti produttivi di effetti **sostanziali** (artt. 42 e 44).

- Gli atti compiuti dal fallito o da terzi nei suoi confronti sono inefficaci, a prescindere dallo stato soggettivo del terzo, purché la sentenza sia stata iscritta nel Reg. Imp. (salvo conoscenza)
- L'inefficacia è relativa (a favore dei creditori), sicché il curatore può decidere di non valersene.

Effetti per il debitore

Effetti patrimoniali

Perdita della legittimazione a disporre con atti produttivi di effetti **processuali** (art. 43).

- Il fallimento determina l'automatica interruzione del processo, che deve essere riassunto entro 3 mesi (dalla conoscenza formale del fallimento).
- Non possono tuttavia proseguire le liti aventi ad oggetto pretese vs. il fallito, assoggettate alla regola del concorso formale (art. 52, 2° co.).

Effetti per il debitore

Effetti per i terzi

La dichiarazione di fallimento produce l'effetto di un pignoramento esteso a tutto il patrimonio dell'imprenditore (art. 45 – v. artt. 2913 e ss., c.c.)

A rigore, la norma non disciplina un effetto per **il debitore**, ma piuttosto per **i terzi**, nei cui confronti egli abbia effettuato atti dispositivi (in senso ampio).

L'esecuzione fallimentare si estende ai beni sopravvenuti in corso di procedura (artt. 42, 2° co.)

Effetti per i creditori

Concorso formale e sostanziale (art. 52)

L'esecuzione fallimentare ha la funzione di soddisfare i creditori nel rispetto di par condicio e collocazione (art. 52, 1° co.).

La partecipazione al concorso - così come l'accertamento di qualsiasi pretesa - è subordinata all'accertamento del credito (art. 52, 2° co.).

L'accertamento del credito in sede fallimentare ha carattere esclusivo (salva diversa disposizione di legge).

Effetti sui rapporti pendenti

Art. 72 I. fall. – Rapporti pendenti

Se un contratto è ancora inesequito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti quando, nei confronti di una di esse, è dichiarato il fallimento, l'esecuzione del contratto, fatte salve le diverse disposizioni della presente Sezione, rimane sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo, salvo che, nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento del diritto.

Effetti sui rapporti pendenti

Il fondamento della norma generale

- 0011 0010 1010 1101 0001 0100
- Il fallimento determina la sostituzione del curatore nei rapporti facenti capo al fallito, ma ...
 - ... la sostituzione investe il rapporto contrattuale nella sua interezza, sicché il curatore non può esercitare la pretesa espropriativa sulla prestazione spettante al fallito fin tanto che il contraente *in bonis* dispone dello strumento di tutela consistente nell'eccezione di inadempimento (artt. 1460-1461 c.c.).

Effetti sui rapporti pendenti

Il fondamento della norma generale

- 0011 0010 1010 1101 0001 0100
- Specularmente, il contraente *in bonis* non può pretendere l'adempimento da parte del curatore, dal che la sospensione del contratto, alla quale segue ...
 - ... il subentro del curatore, con adempimento integrale (anche per il pregresso, nei contratti di durata – art. 74 l.fall.);
 - oppure lo scioglimento, che retroagisce al fallimento (dal che la concorsualizzazione delle pretese restitutorie pecuniarie).

Effetti sui rapporti pendenti

I limiti della norma generale

La norma non può operare quando non ricorrono le circostanze che si sono elencate, sicché:

- non sono sospesi e non si possono sciogliere i contratti a effetti reali, quando il contraente *in bonis* ha **acquisito la proprietà** (o altro diritto reale) prima del fallimento (qui la questione diviene l'opponibilità dell'acquisto);
- a questi contratti sono equiparati alcuni che producono a favore del contraente *in bonis* **effetti paragonabili all'acquisto di un diritto reale** (vendita con riserva della proprietà, rent to buy, leasing, patto marciano TULB, preliminare «protetto»);
- non sono sospesi e non si possono sciogliere neanche i contratti grazie ai quali il contraente *in bonis* ha acquisito un diritto **non soggetto a regolazione concorsuale**, quale il diritto di godimento (locazione, affitto, leasing).

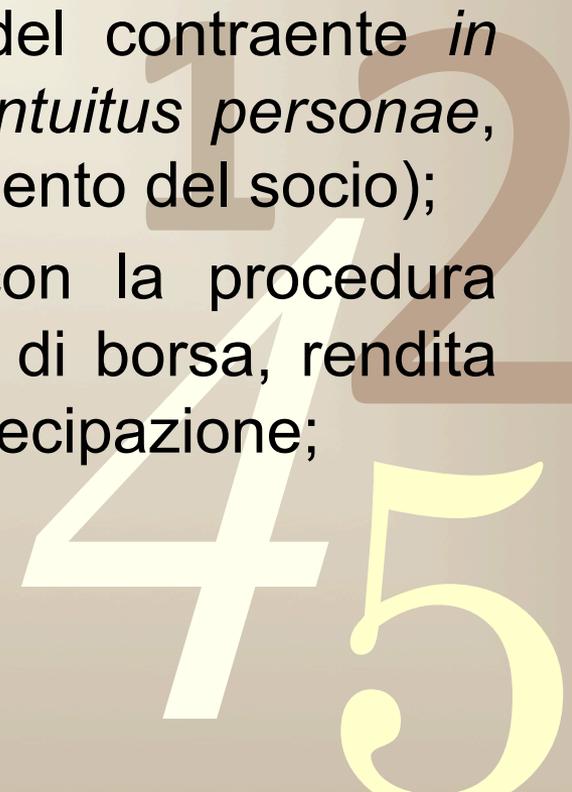
Effetti sui rapporti pendenti

Segue: i limiti della norma generale

0011 0010 1010 1101 0001 0100

Tuttavia, la sostituzione del curatore non è sempre ammessa; non lo è infatti:

- quando prevalgono ragioni di tutela del contraente *in bonis* (fall. del mandatario e contratti *intuitus personae*, fra i quali la società di persone per fallimento del socio);
- quando il contratto è incompatibile con la procedura (conto corrente, commissione, contratti di borsa, rendita perpetua e vitalizia, associazione in partecipazione);
- per i contratti personali del fallito.



Concordato preventivo – Evoluzione della disciplina

Art. 160 l. fall. (1942) – Imprenditore onesto ma sfortunato

0011 0010 1010 1101 0001 0100

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

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

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

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

Concordato preventivo – Evoluzione della disciplina

- Il risanamento è irrilevante: c'è già l'amministrazione controllata (che però impone il pagamento integrale, entro il biennio, di capitale e interessi)
- L'interesse dei creditori è subordinato alla sussistenza dei requisiti di ammissibilità e di omologabilità
- Pesanti limiti all'autonomia della volontà del debitore (e dei creditori): la proposta deve rispondere a uno dei due modelli legali
- L'Autorità Giudiziaria ha un ruolo penetrante: l'omologazione può essere negata anche a fronte di un consenso unanime dei creditori. V. art. 181 l.fall. (1942):

Il tribunale, accertata la sussistenza delle condizioni di ammissibilità del concordato e la regolarità della procedura, deve valutare:

1) la **convenienza economica** del concordato per i creditori, in relazione alle attività esistenti e all'efficienza dell'impresa;

...

4) se il debitore, in relazione alle cause che hanno provocato il dissesto e alla sua condotta, è **meritevole** del concordato.

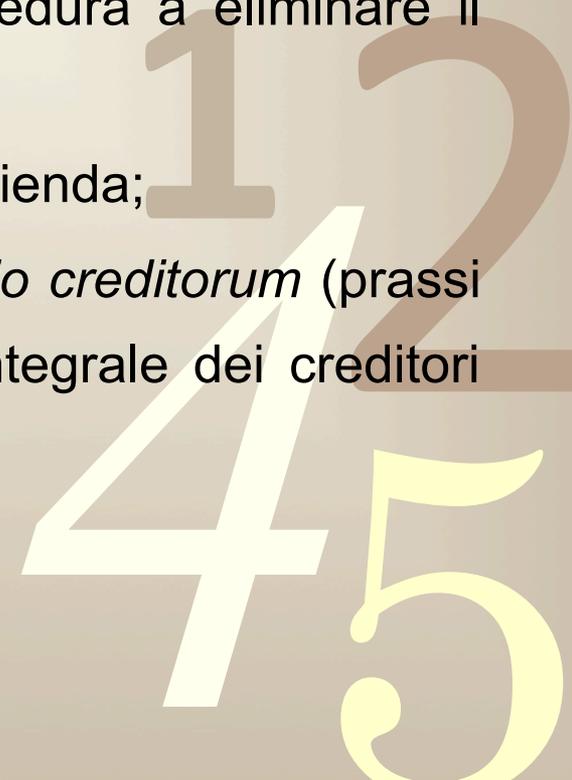
Concordato preventivo – Evoluzione della disciplina

Riforma 2005

0011 0010 1010 1101 0001 0100

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

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



Concordato preventivo – Evoluzione della disciplina

Novella 2012

0011 0010 1010 1101 0001 0100

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

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

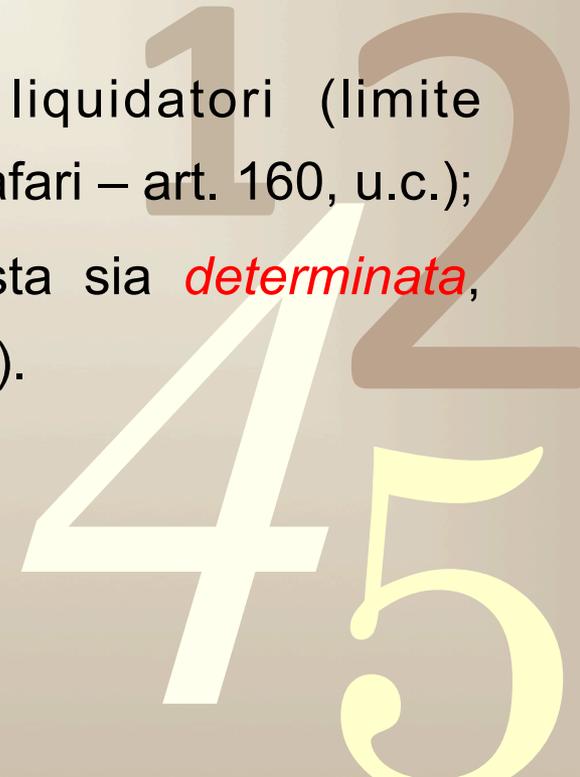
Concordato preventivo – Evoluzione della disciplina

Novella 2015

0011 0010 1010 1101 0001 0100

La miniriforma del 2015 contiene rilevanti novità:

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



Concordato preventivo – Evoluzione della disciplina

Riforma Rordorf-Vitiello: Codice della Crisi d'Impresa

La riforma del 2019 (d.lgs. 12.1.2019, n. 14) contiene rilevanti novità. Limitatamente al contenuto del piano, segnaliamo:

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

Disciplina attuale – Contenuto della proposta

Art. 160, 1° co., lett. a), l.fall.

... un piano che può prevedere:

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

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

Il concordato può prevedere:

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

Disciplina attuale – Contenuto della proposta

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

... un piano che può prevedere:

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

Disciplina attuale – Contenuto della proposta

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

Il debitore deve presentare con il ricorso:

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

Art. 160, ult. co., l.fall. (2015)

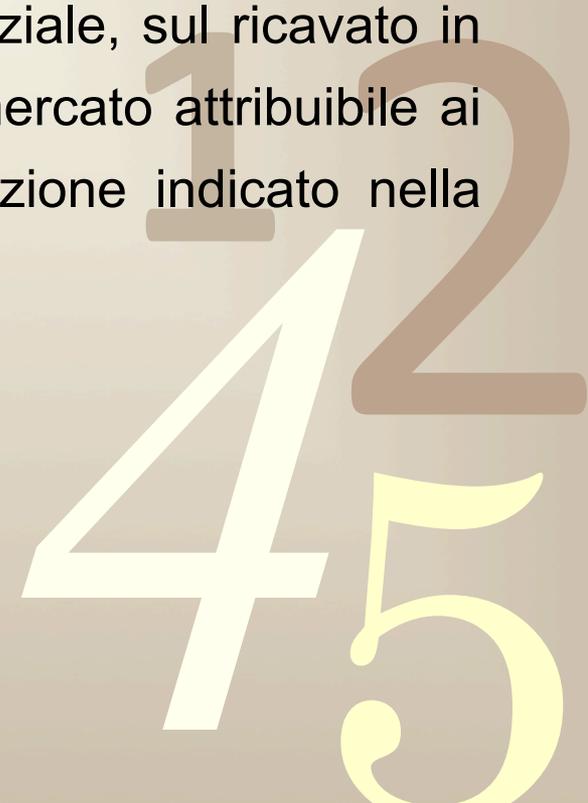
In ogni caso la proposta di concordato deve assicurare il **pagamento di almeno il venti per cento** dell'ammontare dei crediti chirografari. La disposizione di cui al presente comma non si applica al concordato con continuità aziendale

Disciplina attuale – Contenuto della proposta

Art. 160, 2°co., I.fall.

0011 0010 1010 1101 0001 0100

La proposta può prevedere che i creditori muniti di diritto di **privilegio**, **pegno** o **ipoteca**, **non vengano soddisfatti integralmente**, purché il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione indicato nella relazione giurata di un professionista...



Disciplina attuale – Contenuto della proposta

Il contenuto necessario:

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

Le modalità:

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

Disciplina attuale – Contenuto della proposta

Il contenuto necessario:

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

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

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

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

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

Disciplina attuale – Contenuto della proposta

Il contenuto necessario:

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

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

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

In ogni caso, la percentuale offerta ai chirografari deve essere **significativa** (prima dell’introduzione della soglia del 20%, in giurisprudenza di è ritenuto insufficiente il 3% per Trib. BG 4.12.2014; min. 5% per Trib. MO 3.9.2014 e Trib. PT 29.10.2015; basta 1% per Trib. SP 19.9.2013).

Disciplina attuale – Contenuto della proposta

Il contenuto necessario:

- utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile

0011 0010 1010 1101 0001 0100

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

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

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

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

Disciplina attuale – Contenuto della proposta

Il contenuto necessario:

- (segue) utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile

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

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

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

Disciplina attuale – Contenuto della proposta

Le modalità

Il concordato con continuità

0011 0010 1010 1101 0001 0100

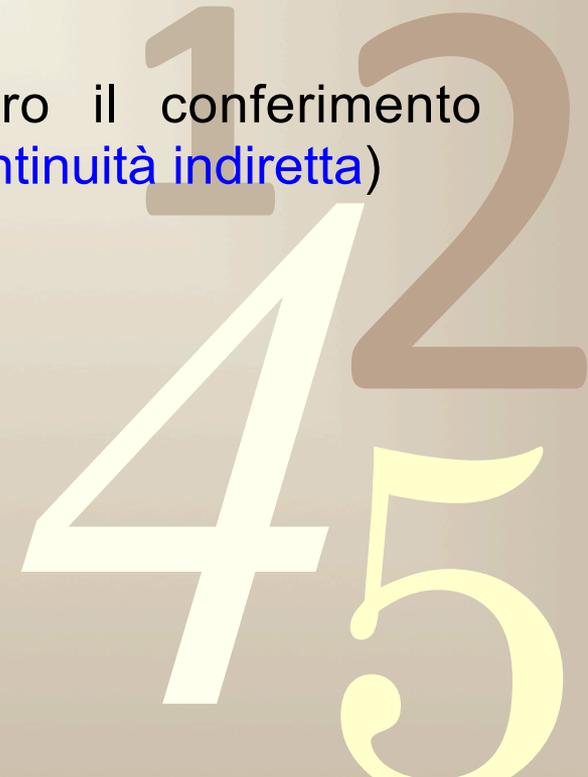
Art. 186 *bis*, 1° co., l.fall.

Ipotesi nominate

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

Ipotesi non nominate

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



Disciplina attuale – Contenuto della proposta

Le modalità

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

0011 0010 1010 1101 0001 0100

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

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

Dunque, in questa prima fase la giurisprudenza ha assunto un orientamento maggioritario incline a sussumere nella fattispecie anche le ipotesi dubbie, prima fra esse quella del concordato con proposta di cessione dell'azienda già affittata (benché in questo caso il rischio sia assunto da un terzo).

Disciplina attuale – Contenuto della proposta

Le modalità

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

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

Art. 84, 3°co., CCI

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

Disciplina attuale – Contenuto della proposta

Le modalità

Il concordato con continuità – Modalità della continuazione dell'attività

Continuità diretta

Il piano può prevedere:

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

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

Disciplina attuale – Contenuto della proposta

Le modalità

Il concordato con continuità – Modalità della continuazione dell'attività

Continuità diretta

In linea generale, la continuità diretta sarà percorribile, il più delle volte, grazie allo stralcio concordatario, che dovrebbe generare una sopravvenienza attiva sufficiente a riportare il capitale al di sopra del limite minimo di legge: in mancanza, il piano non è giuridicamente fattibile, dal momento che l'effetto previsto dall'art. 182 *sexies* cessa con l'omologazione (Trib. VR 21.7.2016).

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

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

Disciplina attuale – Contenuto della proposta

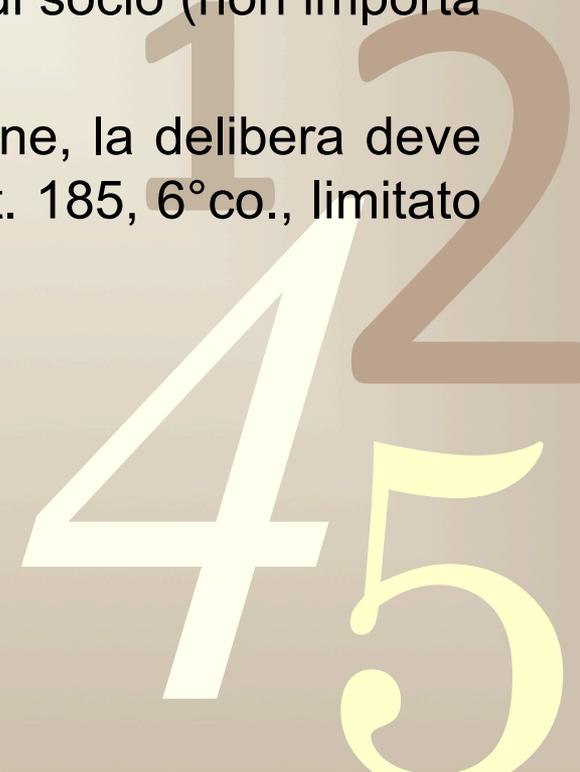
Le modalità

Il concordato con continuità – Modalità della continuazione dell'attività

Continuità diretta

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

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



Disciplina attuale – Contenuto della proposta

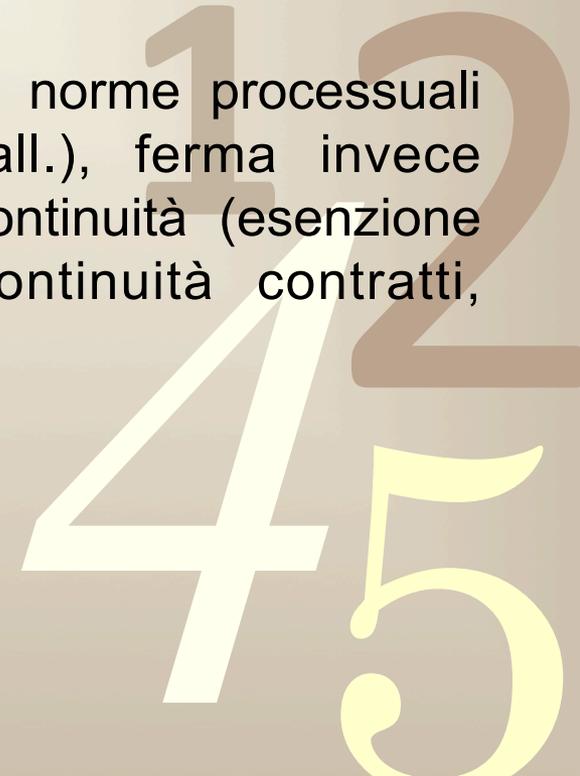
Le modalità

Il concordato con continuità – Continuità indiretta

0011 0010 1010 1101 0001 0100

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

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



Disciplina attuale – Contenuto della proposta

Le modalità

Il concordato con continuità – Continuità indiretta

Affitto d'azienda

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

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

Disciplina attuale – Contenuto della proposta

Le modalità

Il concordato misto

00110010101011010001010

Benché sussista un indirizzo maggioritario che si affida al cd. criterio della prevalenza, sussistono decisioni di segno opposto (Trib. UD e Trib. TS).

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

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

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