

La riforma del sovraindebitamento nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza

a cura di
Enza Pellecchia e Lara Modica



© Copyright 2020 by Pacini Editore Srl

ISBN 978-88-3379-128-9

Realizzazione editoriale



Via A. Gherardesca
56121 Pisa

Responsabile di redazione
Gloria Giacomelli

Fotolito e Stampa
IGP Industrie Grafiche Pacini



Finito di stampare anno 2020
presso le Industrie Grafiche della Pacini Editore S.r.l.
Via A. Gherardesca • 56121 Pisa
Tel. 050 313011 • Fax 050 3130300
www.pacineditore.it

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

INDICE

PRESENTAZIONE	11
<i>Lara Modica ed Enza Pellecchia</i>	

PARTE I - DISPOSIZIONI GENERALI

LA RIFORMA DEL SOVRAINDEBITAMENTO NEL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA	15
<i>Enza Pellecchia</i>	
1. Premessa	15
2. Le novità del codice: cenni e rinvio	19
3. I principi generali	24
L'AMBITO SOGGETTIVO DI APPLICAZIONE DELLE "NUOVE" PROCEDURE DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO	29
<i>Francesca Bonaccorsi, Lorenzo Vito De Santis</i>	
1. Premessa	29
2. Il consumatore	31
3. Il fideiussore	35
4. Il professionista, il lavoratore autonomo e la società tra professionisti	39
5. Il socio illimitatamente responsabile	43
6. La famiglia	47
7. L'imprenditore minore	51
8. Gli altri imprenditori (commerciali) "sovraindebitabili"	54
9. L'imprenditore agricolo	61
10. Le "start-up" innovative	65
11. La categoria residuale: gli "altri" debitori di cui all'art. 2, co. 1, lett. c)	68
IL PRESUPPOSTO OGGETTIVO: IL SOVRAINDEBITAMENTO	75
<i>Enza Pellecchia</i>	
1. Premessa	75
2. Storia di una nozione: il differente trattamento dell'insolvenza civile e commerciale. »	77
3. Dall'insolvenza al sovraindebitamento nella l. 3/2012: una questione non meramente terminologica	80
4. Dal sovraindebitamento all'insolvenza (e alla crisi) nel codice della crisi e dell'insolvenza: conferma dell'esistente o prospettiva nuova?	82
5. Prevenzione del sovraindebitamento e comportamenti delle parti. Ovvero: dove codice civile e codice della crisi si incontrano (e non si scontrano)	85

GLI ORGANISMI DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI	»	93
<i>Aldo Pierluigi Benedetti</i>		
1. Premessa	»	93
2. Costituzione e requisiti	»	94
3. Il Gestore della Crisi	»	99
4. L'attività	»	101
4.1. L'OCC nella fase preliminare: la ricostruzione della situazione del debitore e la relativa attestazione	»	102
4.2. L'OCC nelle successive fasi della procedura	»	103
5. Il ruolo dell'OCC secondo il Codice della Crisi	»	104

PARTE II - LA RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI DEL CONSUMATORE

LA RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI DEL CONSUMATORE	»	109
<i>Lara Modica</i>		
1. Le ragioni della riforma	»	109
2. Di alcune novità in tema di ristrutturazione dei debiti del consumatore	»	111
3. Il problema della cessione del quinto dello stipendio	»	114
4. Le condizioni soggettive ostative	»	123
LA VALUTAZIONE DEL MERITO DI CREDITO DEL CONSUMATORE	»	129
<i>Antonio Davola</i>		
1. Premessa	»	129
2. Il quadro normativo in materia di valutazione del merito di credito: l'evoluzione del principio del c.d. "prestito responsabile" dalla Dir. 2008/48/CE sui contratti di credito al consumo alla Dir. 2014/17/UE sui contratti di credito in materia di beni immobili residenziali	»	132
3. L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore: regole e standard di comportamento per i contraenti	»	139
4. La violazione dell'obbligo di verifica del merito creditizio: incertezza degli effetti nella dialettica rimediale	»	141
5. Nuove prospettive (ed incertezze) offerte dagli sviluppi tecnologici: la valutazione del merito di credito a mezzo di algoritmi decisionali	»	146
6. Riflessioni conclusive	»	158
PROFILI PROCEDIMENTALI DELLA RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI DEL CONSUMATORE	»	161
<i>Simone Alecci</i>		
1. Premessa	»	161
2. Le condizioni di ammissibilità	»	164
3. Il contenuto della proposta	»	167
4. Lo scrutinio giudiziale del piano	»	170
5. Omologazione e revoca	»	175

PARTE III - IL CONCORDATO MINORE

LA PROPOSTA DI CONCORDATO MINORE TRA CATEGORIE CIVILISTICHE E REGOLE OPERAZIONALI	181
<i>Ivan Libero Nocera</i>	
1. Premessa: il paradigma di riferimento della proposta.....	181
2. La proposta tra procedure deliberative e soluzioni negoziali	184
3. Il perimetro soggettivo di applicazione	188
4. La prosecuzione dell'attività.....	191
5. La rilevanza della causa nella proposta di carattere liquidatorio	194
6. L'apporto di risorse esterne nel concordato liquidatorio	200
7. Il contenuto della proposta.....	202
8. L'articolazione del principio della <i>par condicio</i>	205
9. La clausola di compatibilità e l'unità sistematica	213
LA PROCEDURA DI CONCORDATO MINORE	217
<i>Martina Scopsi</i>	
1. Premessa: dagli accordi al concordato minore.....	217
2. Le disposizioni di carattere generale.....	222
3. La procedura di concordato minore	226
3.1. La fase di ammissione e l'apertura della procedura.....	228
3.2. Il voto dei creditori.....	231
3.3. Il procedimento di omologa e le opposizioni.....	238
3.4. L'esecuzione del piano e i rimedi (cenni)	240
I POTERI DI CONTROLLO DEL TRIBUNALE NEL CONCORDATO MINORE	243
<i>Tommaso Marri</i>	
1. Il concordato minore tra vecchie e nuove prospettive: premessa	243
2. Gli accordi di composizione della crisi da sovraindebitamento e il concordato minore»	244
3. Concordato minore e concordato maggiore: il controllo del Tribunale in sede di ammissione	248
3.1. I controlli svolti dall'OCC e dall'attestatore	248
3.2. Il controllo del Tribunale: il significato di ammissibilità e di fattibilità	251
3.3. Un'interpretazione estensiva dell'art. 77 Ccii e i suoi precipitati.....	255
4. Concordato minore e concordato maggiore: gli effetti della domanda.....	260
5. Concordato minore e concordato maggiore: le contestazioni e le opposizioni	262
6. Concordato minore e concordato maggiore: l'esecuzione del concordato minore e il ruolo dell'OCC.....	270
7. Conclusioni	274

PARTE IV - LA LIQUIDAZIONE CONTROLLATA

LA LIQUIDAZIONE CONTROLLATA: PROFILI PROCEDIMENTALI	»	279
<i>Domenica Rescigno</i>		
1. Introduzione: cenni generali sull'istituto della liquidazione controllata.....	»	279
2. L'accesso alla procedura di liquidazione controllata: la presentazione della domanda »		282
2.1. I requisiti necessari per l'accesso alla procedura di liquidazione controllata ... »		287
2.2. La fase di apertura della procedura di liquidazione controllata	»	293
2.3. (segue) Le misure protettive	»	296
3. L'accertamento e la formazione del passivo	»	298
4. La liquidazione dell'attivo	»	302
5. L'esecuzione del programma di liquidazione e la chiusura della procedura	»	305
GLI EFFETTI DELL'APERTURA DELLA "NUOVA" LIQUIDAZIONE CONTROLLATA DEL		
PATRIMONIO DEL DEBITORE SOVRAINDEBITATO	»	311
<i>Stefano Covino</i>		
1. Premessa e piano dell'indagine	»	311
2. Gli effetti dell'ammissione per il debitore: il perimetro del patrimonio oggetto di		
liquidazione	»	313
3. (segue) lo spossessamento e i poteri degli organi della procedura	»	318
4. Gli effetti dell'ammissione per i creditori	»	322
5. Gli effetti dell'ammissione sui contratti pendenti	»	327
6. Conclusioni	»	330
LIQUIDAZIONE DELL'IMPRESA AGRICOLA E AZIONE REVOCATORIA ORDINARIA	»	333
<i>Luca Della Tommasina</i>		
1. L'innesto dell'azione pauliana nella liquidazione controllata: l'implicita esclusione di		
un'azione revocatoria con scopi concorsuali	»	333
2. L'elemento soggettivo dell'azione revocatoria nella liquidazione controllata: una		
proposta di applicazione compatibile dell'art. 2901 c.c.	»	342
3. Il problema degli effetti della sentenza di accoglimento.	»	349
4. Alienazioni gratuite e vincoli di indisponibilità: l'applicabilità dell'art. 2929-bis c.c. »		353
5. La "revocatoria semplificata" nella liquidazione controllata: i necessari adattamenti. »		357

PARTE V - L'ESDEBITAZIONE

L'ESDEBITAZIONE DEL SOVRAINDEBITATO. PROFILI GENERALI.....	»	365
<i>Antonietta Sganga</i>		
1. Premessa	»	365
2. Esdebitazione di diritto	»	368
3. Il debitore incapiente	»	374
4. Conclusioni	»	382

EFFETTI ESDEBITATIVI (NELLA NUOVA DISCIPLINA DEL SOVRAINDEBITAMENTO) E <i>FAVOR CREDITORIS</i>	»	385
<i>Lara Modica</i>		
1. Una premessa	»	385
2. Il nuovo quadro normativo: quattro esdebitazioni	»	386
3. L'inesigibilità del credito non soddisfatto	»	389
4. Le ricadute sul sistema e la prospettiva macroeconomica	»	392
5. L'intervento sulle condotte dei creditori	»	395
6. Fragilità economica e inclusione finanziaria: <i>quid iuris?</i>	»	396
LE AUTRICI E GLI AUTORI	»	399

Ivan Libero Nocera

LA PROPOSTA DI CONCORDATO MINORE TRA CATEGORIE CIVILISTICHE E REGOLE OPERAZIONALI

SOMMARIO: 1. Premessa: il paradigma di riferimento della proposta – 2. La proposta tra procedure deliberative e soluzioni negoziali – 3. Il perimetro soggettivo di applicazione – 4. La prosecuzione dell'attività – 5. La rilevanza della causa nella proposta di carattere liquidatorio – 6. L'apporto di risorse esterne nel concordato liquidatorio – 7. Il contenuto della proposta – 8. L'articolazione del principio della *par condicio* – 9. La clausola di compatibilità e l'unità sistematica

1. *Premessa: il paradigma di riferimento della proposta*

L'art. 74 del Codice della Crisi consente al professionista e all'imprenditore che non può avere accesso al nuovo procedimento di liquidazione giudiziale ovvero alla liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie previste in caso di crisi o insolvenza, di proporre ai creditori un "concordato minore" a contenuto libero che abbia finalità di continuità imprenditoriale o professionale ovvero liquidatoria.

Come evidenzia la Relazione illustrativa, tale istituto si pone in sostanziale continuità con l'accordo del debitore di cui agli artt. 7 e ss. della legge n. 3/2012, destinata ad essere integralmente assorbita dalla regolamentazione unitaria della crisi. Tuttavia, nella nuova disciplina rispetto alla normativa sul sovraindebitamento appare vistoso – oltre alla riduzione della platea dei destinatari ai soggetti che presentano di norma un ceto creditorio più articolato, escludendo quindi il mero consumatore¹ – il cambiamento terminologico: non si parla più di "accordo di ristrutturazione dei debiti" bensì di "concordato minore"².

¹ Per il consumatore il Codice prevede in via esclusiva l'accesso al piano di ristrutturazione dei debiti come alternativa alla liquidazione controllata.

² Ben prima della legge delega per la riforma delle discipline della crisi di impresa (legge n. 155/2017) si rintracciano attestazioni di tale termine in sporadici provvedimenti: Cass., 10 luglio 2014, n. 15859, in *Il fallimento*, 2015, p. 744; Trib. Padova, 30 maggio 2013, in *Foro it.*, 2013, p.

Non si tratta di una mera *variatio* priva di conseguenze sostanziali giacché essa è espressione, da un lato, di una delle finalità generali del nuovo Codice ossia quella di disegnare una disciplina unitaria dei diversi strumenti di composizione della crisi, dall'altra della natura sostanziale dell'istituto, atteso che il mutamento nominalistico chiarisce il paradigma di riferimento³.

Si porta così a compimento il processo evolutivo dall'iniziale richiamo all'accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182-bis l.fall.* (l'originaria formulazione dell'art. 7 della legge n. 3/2012 stabiliva che l'accordo doveva essere basato su «un piano che assicuri il regolare pagamento dei creditori estranei all'accordo stesso»)⁴, alla novella di cui al d.l. n. 179/2012, la quale volgeva lo sguardo al concordato preventivo pur rimanendo nel solco dell'accordo di ristrutturazione⁵, per approdare ora all'adozione di uno schema chiaramente concordatario.

Il Codice elimina invero ogni – fuorviante – cenno ad un “accordo di ristrutturazione” in potenziale analogia con l'istituto di cui all'art. 182-*bis* l.fall.

2947; App. Venezia, 7 maggio 2013, in *Unijuris.it*; Trib. Vicenza, 18 aprile 2013, in *Foro it.*, 2013, p. 2948.

³ Di “mutazione genetica dell'istituto” parla D'ORAZIO, *Il sovraindebitamento nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Il fallimento*, 2019, p. 705.

⁴ Giova osservare che l'originaria disciplina del sovraindebitamento, prima della novella ad opera del d.l. n. 179/2012 convertito dalla legge n. 221/2012, era composta di soli 16 articoli e contemplava come unico istituto l'accordo di ristrutturazione dei debiti, prevedendo - secondo un modello chiaramente ispirato all'accordo *ex art. 182-bis l.fall.* - la possibilità per il debitore di proporre ai creditori un accordo di ristrutturazione avente natura negoziale che avrebbe vincolato i creditori aderenti secondo il generale principio posto dall'art. 1372 c.c., senza intaccare le posizioni dei creditori estranei all'accordo. Si assicurava ai creditori estranei all'accordo il “regolare pagamento”, senza possibilità di decurtazione né di dilazione. Inoltre, il blocco delle azioni esecutive e dei sequestri conservativi poteva essere disposto dal giudice solo in sede di udienza, previo contraddittorio delle parti, e non al momento di fissazione della stessa. Tuttavia, vi era una differenza procedimentale giacché nella composizione della crisi da sovraindebitamento il procedimento inizia con il deposito di una proposta di accordo destinata solo successivamente ad essere accettata da una parte qualificata dei creditori, mentre nell'istituto della legge fallimentare il procedimento di omologazione è innescato dal deposito di un accordo già perfezionato con una determinata percentuale di creditori. Per un commento alla prima versione della legge n. 3/2012 cfr. F. DI MARZIO, MACARIO, TERRANOVA, a cura di, *Composizione della crisi da sovraindebitamento*, Milano, 2012.

⁵ Tale novella ha impresso all'istituto una connotazione maggiormente concorsuale – benché in assenza di norme di rinvio alla disciplina concordataria – attesa la previsione del vincolo della minoranza da parte della maggioranza (l'art. 12, comma 3, stabilisce che “l'accordo omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori”), delle classi dei creditori, della falcidia per i creditori muniti di cause di prelazione.

il cui eco si rinviene ancora espressamente nell'art. 7 della legge n. 3/2012⁶ là dove prescrive che l'accordo di ristrutturazione deve basarsi su un piano che assicuri il regolare pagamento dei titolari di crediti impignorabili, evocando i "creditori estranei" cui nella originaria formulazione dell'art. 182-*bis* l.fall. era assicurato un "regolare pagamento" (sostituito dalla legge n. 134/2012 con "integrale pagamento").

Il nuovo concordato minore si richiama esplicitamente al concordato preventivo, la cui scansione procedimentale è utilizzata come paradigma per il nuovo istituto articolato in: presentazione della domanda ad un organismo di composizione della crisi; istruttoria e valutazione di ammissibilità della proposta e della fattibilità del piano; approvazione da parte dei creditori attraverso una deliberazione maggioritaria; omologazione del tribunale⁷.

Del resto, la collocazione topografica del "concordato minore" nel titolo IV del Codice, dedicato agli strumenti di regolazione della crisi e precisamente, nel capo II – rubricato "Procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento", subito prima del capo III dedicato al concordato preventivo, è espressione della volontà del legislatore della riforma di collocare gli istituti dei sovraindebitati "non fallibili" *a latere* dei corrispondenti istituti destinati ai soggetti "fallibili"⁸. Infatti, il "piano di ristrutturazione dei debiti" del consumatore segue la disciplina dell'accordo di ristrutturazione e la disciplina della liquidazione controllata è collocata nel titolo V del Codice dedicato alla procedura di liquidazione giudiziale.

⁶ Come modificato dal d.l. n. 179/2012 convertito dalla legge n. 221/2012.

⁷ Confermando l'affinità tra l'accordo *ex art. 7* della legge n. 3/2012 e il paradigma concordatario con conseguente allontanamento dai principi contrattualistici attesa la mancata proceduralizzazione della fase di formazione dell'accordo e il suo assoggettamento a controllo giudiziario, è stato affermato che in tale istituto si realizza l'«esercizio dell'autonomia privata assistito da pubblici poteri: giudiziario (il tribunale) e amministrativo (l'organismo di composizione della crisi)» (così, F. DI MARZIO, *Una procedura per gli accordi in rimedio del sovraindebitamento*, in *IFallimentarista.it*; ID., *Finalità*, in F. DI MARZIO, MACARIO, TERRANOVA, a cura di, *Composizione della crisi da sovraindebitamento*, Milano, 2012, p. 13).

⁸ Per comodità sia consentito l'utilizzo di tale terminologia benché il Codice della Crisi abbia sostituito l'espressione "fallimento" (e quelle da essa derivate) a favore di "liquidazione giudiziale", sulla scia dei principali ordinamenti continentali che tendono ad evitare l'aura di discredito, anche personale, che denota il termine tradizionale, sebbene la nuova disciplina della liquidazione giudiziale non presenti mutamenti radicali rispetto alla procedura fallimentare.

Inoltre, il parallelismo con lo schema concordatario è avvalorato dalla netta preferenza accordata dall'art. 74, co. 1, alla prosecuzione dell'attività imprenditoriale o professionale: al pari di quanto stabilito per il concordato preventivo dall'art. 84 che ridimensiona sensibilmente il concordato liquidatorio, il principale criterio discrezionale tra continuità e liquidazione è rappresentato dalla provenienza delle risorse utilizzate per il soddisfacimento dei creditori, condizionando la proponibilità della soluzione liquidatoria all'apporto di *quid pluris* esterno.

Ad ulteriore conferma dell'impostazione concordataria dell'istituto, l'ultimo comma dell'art. 74 rinvia esplicitamente alla disciplina del concordato preventivo in quanto compatibile, in coerenza con quanto affermato per i profili processuali dall'art. 65, co. 2. Quest'ultima disposizione, nel dettare principi comuni per le procedure di composizione delle crisi di sovraindebitamento (ristrutturazione dei debiti del consumatore, concordato minore e liquidazione controllata), ha previsto l'applicazione, «per quanto non specificamente previsto dalle disposizioni della presente sezione», delle disposizioni del titolo III in quanto compatibili, vale a dire delle norme relative al procedimento unitario per l'accertamento dello stato di crisi e dell'insolvenza.

Il richiamo alla disciplina processuale unitaria è particolarmente confacente attesa la palese attinenza delle norme in materia di giurisdizione (art. 26), competenza (artt. 27-32) e cessazione di attività del debitore (artt. 33-36) all'ipotesi in cui il soggetto che accede al concordato minore sia un imprenditore. Tuttavia, per evitare di gravare di spese eccessive la tipologia di debitori assoggettabili al concordato minore – in evidente posizione di “debolezza” rispetto a quelli che possono accedere al concordato preventivo – l'art. 65, co. 3, precisa che la nomina dell'attestatore è sempre facoltativa, in conformità anche al principio di cui all'art. 2, co. 1, lett. 1) della legge delega n. 155/2017 che prescrive la riduzione dei costi delle procedure concorsuali.

2. La proposta tra procedure deliberative e soluzioni negoziali

La proposta sul superamento del sovraindebitamento è formulata secondo la tecnica della mozione sottoposta all'approvazione dei creditori, la cui deliberazione costituisce l'atto finale di un “procedimento” che si attiva con la presentazione della proposta concordataria e si definisce nel contenuto appunto

con l'approvazione conforme dei creditori, che diviene tuttavia vincolante solo in seguito all'omologa del giudice (art. 80 del Codice della Crisi).

Appare dunque confermato e anzi accentuato il carattere di procedura concorsuale che già connotava l'accordo per la composizione della crisi da sovraindebitamento, come espressamente riconosciuto dalla giurisprudenza di merito⁹ e confermato alla luce dei criteri scolpiti dalla Suprema Corte¹⁰.

Invero, le modifiche apportate all'impianto originario della legge n. 3/2012 da parte del d.l. n. 179/2012 (convertito con modificazioni dalla legge n. 221/2012)¹¹, pur conservando il *nomen* "accordo", hanno già delineato un istituto in chiave concordataria che al pari di quello regolato dalla normativa fallimentare prevede: un principio di atipicità della proposta di soluzione della crisi e soddisfacimento dei creditori; forme di pubblicità della proposta; la possibilità di operare una falciatura dei crediti privilegiati in termini non deteriori rispetto all'alternativa liquidatoria; una fase di ammissione alla procedura; un organo della procedura; un meccanismo di voto di tipo maggioritario riservato ai titolari di crediti chirografari o limitatamente alla parte incapiente dei crediti privilegiati (ovvero a coloro che abbiano rinunciato alla causa di prelazione); un procedimento di omologazione, destinato a dare rilievo *erga*

⁹ Si veda in proposito Trib. Rimini, 19 aprile 2018, in *Il Caso.it*, secondo cui «la procedura di soluzione della crisi da sovraindebitamento ha indubbiamente natura concorsuale, come si evince dagli specifici richiami, contenuti negli artt. 7, co. 1 e co. 1-bis, e 8, co. 4, della legge n. 3/12 ai crediti muniti di privilegio». Analogamente cfr. Trib. Ancona, 15 marzo 2018, e Trib. Grosseto, 9 maggio 2017, entrambe in *Il Caso.it*.

¹⁰ Valga infatti rammentare che la Cass., 12 aprile 2018, n. 9087, in *Il fallimento*, 2018, p. 984 con nota di TRENTINI, abbia affermato che «la cifra della moderna concorsualità, regolata dal diritto della crisi e dell'insolvenza, sembra essersi ridotta a tre profili minimali - i) una qualsivoglia forma di interlocuzione con l'autorità giudiziaria, con finalità quantomeno "protettive" (nella fase iniziale) e di controllo (nella fase conclusiva); ii) il coinvolgimento formale di tutti i creditori, quantomeno a livello informativo e fosse anche solo per attribuire ad alcuni di essi un ruolo di "estranei", da cui scaturiscono conseguenze giuridicamente predeterminate; iii) una qualche forma di pubblicità». Sul punto giova tuttavia richiamare le osservazioni critiche di FABIANI, *Dal codice della crisi d'impresa agli accordi di ristrutturazione senza passare da Saturno*, in *Il Caso.it*, 2018, e ARATO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti tra la giurisprudenza della Cassazione e il Codice della Crisi e dell'Insolvenza*, *ivi*, 2018.

¹¹ Cfr. PELLECCIA, *La composizione delle crisi da sovraindebitamento (l. n. 3/12 e successive modifiche)*, in *Nuove leggi civ.*, 2013, p. 1245 e F. DI MARZIO, MACARIO, TERRANOVA, a cura di, *La "nuova" composizione della crisi da sovraindebitamento*, Milano, 2013.

omnes al risultato della votazione, vincolando i dissenzienti con effetto esdebitatorio nei confronti dei creditori non aderenti (c.d. *cram down*¹²).

Caratteristica peculiare delle procedure concorsuali è infatti l'attrazione di tutti i soggetti interessati in una stessa collettività, improntata al principio del concorso: i creditori da gruppo disordinato vengono organizzati all'interno di un quadro di regole che consentono di risolvere i conflitti in ordine alla riallocazione dei diritti sul patrimonio del debitore.

I creditori sono una collettività formata da soggetti disomogenei in una situazione di interdipendenza in quanto accomunati dal medesimo interesse alla massima valorizzazione del patrimonio del debitore¹³. Di conseguenza, le decisioni tra essi nelle procedure volontarie concordatarie non possono che essere improntate alla regola della maggioranza, altrimenti, come intuitivo, vi sarebbe il concreto rischio che l'adozione di una determinata scelta, benché efficiente, sia impedita dalla posizione ostruzionistica o comunque dal potere di veto dei soggetti meno interessati dai suoi effetti¹⁴.

Nella differente ipotesi in cui la situazione patrimoniale del debitore si componga in un contratto tra alcuni interessati riguardante la ristrutturazione dei debiti, la situazione sarà ovviamente ordinata dai generali principi di diritto civile. In tal caso, quantunque le pretese di tutti i creditori siano in concorrenza sullo stesso patrimonio, non si riscontrerebbe un formale concorso né la formazione di alcuna collettività. Il consenso alla ristrutturazione non si forme-

¹² Il termine *cram down* derivante dalla procedura statunitense, dove il concordato preventivo è in funzione di ristrutturazione aziendale, designa il potere da parte della *Bankruptcy Court* di – *verbatim* – “far ingoiare” ai creditori dissenzienti il *reorganization plan* qualora almeno una delle classi dei creditori abbia votato a favore e se la classe dissenziente non riceva un trattamento iniquo (*fair and equitable standard*). Per una definizione analitica dell'istituto del *cram down* anche in prospettiva comparatistica si veda Trib. Monza, 29 giugno 2010, inedito e, in dottrina, BERSANI, *Il concordato preventivo*, Milano, 2012, p. 478; PANZANI, *Creditori privilegiati, creditori chirografari e classi nel concordato preventivo*, in F. DI MARZIO, a cura di, *La crisi d'impresa. Questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2010, p. 343.

¹³ In proposito valga ricordare che, come opportunamente osservato da PRESTI, *La rinegoziazione dei mutui ipotecari. Qualificazione e disciplina*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, p. 268, il creditore può avere interesse ad agevolare l'adempimento del debitore ed essere «disposto a ridurre – nell'importo o nelle modalità – le sue pretese, in quanto entro certi limiti l'adempimento spontaneo di un *minus* è preferibile alla prospettiva di un'esecuzione forzata per un *maius*».

¹⁴ Si veda, in generale con riferimento alla necessità di non far prevalere la volontà dei singoli e all'esigenza della regola di maggioranza in generale, GALGANO, *Il principio di maggioranza nelle società personali*, Padova, 1960, p. 59.

rebbe all'interno di un procedimento giacché non vi sarebbe alcuna adunanza o votazione¹⁵ tra tutti gli attori interessati, ma originerebbe nell'ambito di un negoziato che coinvolge solo alcuni creditori vincolando solo quelli aderenti.

Nelle procedure che seguono il modello "deliberativo" è invece comunque presente una componente negoziale in quanto il creditore dispone del proprio credito al momento del voto. Tuttavia, perché la deliberazione possa spiegare effetti nei confronti di terzi è necessario che all'atto di autonomia privata segua una pronuncia giurisdizionale di omologazione. In altre parole, l'impossibilità di una preventiva accettazione della regola della maggioranza da parte di tutti i creditori esige che l'imposizione della scelta maggioritaria avvenga attraverso l'intervento del giudice che (nel caso dell'art. 80 del Codice è tenuto a verificare sia l'ammissibilità giuridica sia la fattibilità economica) suggelli la correttezza del procedimento e il raggiungimento della maggioranza¹⁶.

Tale meccanismo caratterizza invero sia il concordato minore, sia il concordato preventivo¹⁷, sia il concordato nella liquidazione giudiziale¹⁸, la cui approvazione costituisce l'esito di un procedimento deliberativo cui concorrono la dichiarazione di volontà del proponente e l'atto collettivo costituito dalla deliberazione che realizza l'interesse dei creditori.

¹⁵ Tuttavia, non è da escludere che l'intero ceto creditorio abbia interessi omogenei in quanto composto assai sovente pressoché interamente da banche le quali potrebbero affidare il compito di gestire, nel loro interesse comune, il negoziato con il debitore in crisi ad un unico soggetto distinto. Si veda sul punto BONFATTI e CENSONI, *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare, del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, Padova, 2006, p. 280.

¹⁶ Si fa riferimento alla proposta ricostruttiva offerta da F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011, p. 166, il quale con riferimento alle procedure negoziate della crisi d'impresa ha enucleato le categorie giuridiche di "concordato" e di "accordo" ex art. 182-bis l.fall. collocando il concordato nel modello "deliberativo". Si veda in proposito altresì l'analisi di AZZARO, *Le procedure concordate dell'impresa in crisi*, Torino, 2017, p. 29.

¹⁷ In continuità con l'art. 177, co. 2, l.fall., l'art. 109, co. 3, del Codice della Crisi stabilisce infatti che «I creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, ancorché la garanzia sia contestata, dei quali la proposta di concordato prevede l'integrale pagamento, non hanno diritto al voto se non rinunciano in tutto od in parte al diritto di prelazione. Qualora i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca rinuncino in tutto o in parte alla prelazione, per la parte del credito non coperta dalla garanzia sono equiparati ai creditori chirografari; la rinuncia ha effetto ai soli fini del concordato».

¹⁸ Ugualmente, in coerenza con quanto previsto in tema di concordato fallimentare dall'art. 127, co. 2, l.fall., l'art. 243, co. 2, del Codice della Crisi prevede che «I creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, ancorché la garanzia sia contestata, dei quali la proposta di concordato prevede l'integrale pagamento, non hanno diritto al voto se non rinunciano al diritto di prelazione, salvo quanto previsto dal co. 3. La rinuncia può essere anche parziale, purché non inferiore alla terza parte dell'intero credito fra capitale ed accessori».

La natura concorsuale del concordato minore, in modo del tutto coerente con la sistematica del nuovo Codice, impone che nella proposta nei confronti dei creditori e nel piano di superamento della crisi che ne costituisce la programmazione attuativa sia prevista la parità di trattamento di tutti i chirografari, fatta salva la possibilità di racchiudere essi in classi omogenee.

3. *Il perimetro soggettivo di applicazione*

Come accennato, tra le innovazioni di maggiore momento caratterizzanti il nuovo concordato minore rispetto all'accordo del debitore di cui agli artt. 7 e ss. della legge n. 3/2012 e che valgono a renderlo affine al concordato preventivo vi è l'espressa esclusione, ad opera dell'art. 74, del consumatore dal novero dei soggetti legittimati ad accedere all'istituto, con conseguente riduzione dell'ambito di operatività al professionista, al c.d. "imprenditore minore"¹⁹, all'imprenditore agricolo, alle *start-up* innovative e - con una formula residuale e di chiusura - a «ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale ovvero a liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie previste dal codice civile o da leggi speciali per il caso di crisi o insolvenza».

Pertanto, il debitore che riveste la qualifica di imprenditore, ai fini dell'ammissibilità della domanda di concordato minore, avrà l'onere di dimostrare la sussistenza dei requisiti alternativi che ne legittimano l'accesso, e dunque: il mancato superamento di alcuna delle soglie previste dall'art. 2, co. 1, lett. d) relative all'attivo patrimoniale, ai ricavi e ai debiti; l'inquadramento dell'attività come agricola ai sensi dell'art. 2135 c.c.; la sussistenza al momento della domanda di concordato dei caratteri della *start-up* innovativa ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 179/2012, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 221/2012²⁰.

¹⁹ Definito dall'art. 2, co. 1, lett. d) del Codice della Crisi.

²⁰ Giova rammentare che tale norma definisce *start-up* innovativa la società di capitali, costituita anche in forma cooperativa, le cui azioni o quote non sono quotate su un mercato regolamentato o su un sistema multilaterale di negoziazione, che possiede i seguenti requisiti: è costituita da non più di 60 mesi; è residente in Italia ai sensi dell'art. 73 del d.P.R. n. 917/1986, o in uno degli Stati membri UE o in Stati aderenti all'Accordo SEE, purché abbia una sede produttiva o una filiale in Italia; a partire dal secondo anno di attività della *start-up* innovativa, il totale del valore della produzione annua - così come risultante dall'ultimo bilancio approvato entro sei mesi dalla chiusura dell'esercizio - non è superiore a 5 milioni di euro; non distribuisce e non ha distribuito utili; ha

Per contro, il consumatore non potrà avvalersi del concordato minore, salvo che nell'ambito di procedura familiare in cui uno dei componenti rivesta la qualifica di professionista o di imprenditore: in tale ipotesi dovrà essere presentato un concordato minore per tutti i componenti della famiglia che intendono accedere alla procedura di composizione della crisi, affermandosi la *vis attractiva* concordataria²¹.

Valga osservare come, a dispetto di una disciplina che continua a escludere l'imprenditore agricolo in quanto tale dal fallimento (disattendendo l'art. 2, co. 1, lett. e) della legge delega), il riconoscimento della legittimazione di tale tipologia di debitore a proporre un concordato minore segna un'ulteriore tappa del processo evolutivo dal tradizionale modello c.d. "a concorsualità riservata" – fondato sulla scelta di assoggettare al fallimento il solo imprenditore commerciale non piccolo – ad un paradigma c.d. "a concorsualità uniforme temperata", connotato dall'estensione di alcuni degli istituti della disciplina concorsuale²².

Invero, l'art. 23, co. 43, del d.l. n. 98/2011 convertito dalla legge n. 111/2011 «in attesa di una revisione complessiva della disciplina dell'imprenditore agricolo in crisi e del coordinamento delle disposizioni in materia» aveva già riconosciuto agli imprenditori agricoli in stato di crisi o di insolvenza la

quale oggetto sociale esclusivo o prevalente lo sviluppo, la produzione e la commercializzazione di prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico ovvero ha come oggetto sociale la promozione dell'offerta turistica nazionale attraverso l'uso di tecnologie e lo sviluppo di software originali; non è stata costituita da una fusione, scissione societaria o a seguito di cessione di azienda o di ramo di azienda; possiede almeno uno dei seguenti ulteriori requisiti: 1) le spese in ricerca e sviluppo sono uguali o superiori al 15% del maggiore valore fra costo e valore totale della produzione della start-up innovativa; 2) impiego come dipendenti o collaboratori a qualsiasi titolo, in percentuale uguale o superiore al terzo della forza lavoro complessiva, di personale in possesso di titolo di dottorato di ricerca o che sta svolgendo un dottorato di ricerca presso un'università, oppure in possesso di laurea e che abbia svolto, da almeno tre anni, attività di ricerca certificata presso istituti di ricerca ovvero, in percentuale uguale o superiore a due terzi della forza lavoro complessiva, di personale in possesso di laurea magistrale; 3) sia titolare o depositaria o licenziataria di almeno una privativa industriale relativa a una invenzione industriale, biotecnologica, a una topografia di prodotto a semiconduttori o a una nuova varietà vegetale ovvero sia titolare dei diritti relativi ad un programma per elaboratore originario registrato presso il Registro pubblico speciale per i programmi per elaboratore, purché tali privative siano direttamente afferenti all'oggetto sociale e all'attività di impresa.

²¹ Cfr. in proposito le osservazioni di D'ORAZIO, *Il sovraindebitamento nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Il Fall.*, 2019, p. 697.

²² Si veda in proposito l'analisi di RONDINONE, *Note critiche sul declino della lex concursus commerciale e sull'avvento del novus concursus civile*, in *Dir. fall.*, 2014, p. 149.

facoltà di domandare l'omologa di un accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182-bis l.fall.* e di proporre una transazione fiscale *ex art. 182-ter l.fall.*²³.

Il nuovo Codice – oltre a confermare l'accesso a tali istituti per l'imprenditore agricolo²⁴ – si segnala per disciplinare la crisi o insolvenza di qualunque imprenditore (art. 1) e non più del solo imprenditore commerciale (art. 1 l.fall.) prevedendo all'art. 384 l'abrogazione dell'art. 2221 c.c. che limita il fallimento e il concordato preventivo al solo imprenditore commerciale.

Tuttavia, nel solco dell'infelice scelta del legislatore del 1942, si include l'impresa agricola nell'ambito di applicazione della normativa sul sovraindebitamento in virtù della sola qualificazione soggettiva, a prescindere dal superamento delle soglie di rilevanza che perimetrano la nozione di "impresa minore".

La nuova normativa offre quindi all'imprenditore agricolo quattro differenti strumenti: la convenzione di moratoria *ex art. 62* e gli accordi di ristrutturazione dei debiti ai sensi degli artt. 57 e ss. – al pari di qualsiasi altro imprenditore commerciale non minore – la liquidazione controllata e il concordato minore, di chiara marca concorsuale, precludendogli nondimeno l'accesso al concordato nella liquidazione giudiziale (destinato a sostituire l'attuale concordato fallimentare).

Giova rammentare che la possibilità per l'imprenditore agricolo o per l'imprenditore "minore" di ricorrere alla procedura del concordato minore non esclude l'accesso agli strumenti di allerta di cui all'art. 12, ferma la competenza degli organismi di composizione delle crisi per la gestione della procedura²⁵.

²³ Tale novella è stata salutata con favore da BERTACCHINI, *Esigenze di armonizzazione e tendenze evolutive (o involutive?) nella composizione negoziale delle crisi: dal tramonto del dogma della "non fallibilità" alle prospettive de iure condendo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, p. 877, pur non mancando di evidenziarne problematiche interpretative. In proposito, cfr. altresì la lucida riflessione di LA MALFA, *La transazione fiscale dell'impresa agricola*, in *Il fallimento*, 2013, p. 137; PRETE, *La gestione della crisi dell'impresa agricola nei recenti tumultuosi interventi legislativi*, in *Riv. dir. agr.*, 2012, I, p. 139; FERRO, *La nuova legislazione sociale nelle procedure concorsuali: norme di settore e agevolazioni alla gestione della crisi*, in *Il fallimento*, 2011, p. 909.

²⁴ Invero, benché l'art. 23, co. 43, del d.l. n. 98/2011 sia stato abrogato dall'art. 374 del Codice, la nuova disciplina riconosce all'imprenditore agricolo la facoltà di stipulare accordi di ristrutturazione e di proporre una transazione fiscale là dove stabilisce all'art. 57 che «gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono conclusi dall'imprenditore, anche non commerciale e diverso dall'imprenditore minore».

²⁵ In proposito, la Relazione Illustrativa al Codice (art. 12) sottolinea che «La scelta di applicare gli strumenti di allerta anche alle imprese agricole ed alle imprese minori, compatibilmente con la

4. *La prosecuzione dell'attività*

L'accesso al concordato minore è subordinato, in prima battuta, alla prosecuzione dell'attività imprenditoriale o professionale, traducendosi così in precepto normativo la direttiva generale contenuta nella legge delega n. 155/2017 di «dare priorità di trattazione, fatti salvi i casi di abuso, alle proposte che comportino il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale, anche tramite un diverso imprenditore, purché funzionali al miglior soddisfacimento dei creditori e purché la valutazione di convenienza sia illustrata nel piano, riservando la liquidazione giudiziale ai casi nei quali non sia proposta un'ideale soluzione alternativa».

Al pari di quanto previsto dall'art. 84 in tema di concordato preventivo, anche nell'art. 74 è evidente una graduazione, nel senso che il debitore non consumatore, in linea di principio può proporre ai creditori un concordato minore che permetta la prosecuzione della propria attività economica, riducendo lo spazio applicativo della soluzione liquidatoria ad un'ipotesi residuale, con aggravio dato dall'onere di risorse aggiuntive a beneficio dei creditori.

L'art. 84, co. 2 distingue tra “continuità diretta”, qualora l'azienda sia condotta dallo stesso imprenditore che ha presentato la domanda di concordato, e “continuità indiretta”, ove sia prevista «la gestione dell'azienda in esercizio, o la ripresa dell'attività da parte di un soggetto diverso dal debitore»²⁶.

Poiché l'art. 74 non fa cenno alla differenza tra continuità diretta e indiretta, ai sensi dell'ultimo comma di tale disposizione, occorre valutare la compatibilità delle norme sul concordato preventivo con la disciplina sul concordato

loro struttura organizzativa, si pone in linea con l'articolo 3, paragrafo 3, della Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 novembre 2016, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti, e comunque non incide sulla persistente competenza dell'organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento (O.C.C.) con riguardo alla successiva (ed eventuale) fase di composizione assistita della crisi». Invero, la Direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 prevede all'art. 3, comma 4: «Gli Stati membri provvedono affinché le informazioni sull'accesso agli strumenti di allerta precoce siano pubblicamente disponibili online, specialmente per le PMI, siano facilmente accessibili e di agevole consultazione».

²⁶ A tal proposito, la norma puntualizza che tale modifica di titolarità può avvenire in forza di cessione, usufrutto, affitto, stipulato anche anteriormente al deposito della domanda di concordato, conferimento dell'azienda in una o più società, anche di nuova costituzione, o a qualunque altro titolo.

minore con riferimento alla proposta formulata dall'“imprenditore minore” o dall'imprenditore agricolo, posto che non sarebbe ipotizzabile una continuità indiretta per l'attività del professionista, connotata dal carattere personale della prestazione, che non potrebbe essere proseguita da soggetti diversi dal debitore.

La mancata riproduzione nell'ambito del concordato minore della suddetta distinzione – come delle regole a tutela dei lavoratori prescritte dall'art. 84, co. 2 – indurrebbero a ritenere che il nuovo istituto non sia funzionale alla salvaguardia della continuità aziendale bensì a tutelare la continuazione dell'attività da parte del medesimo imprenditore. Nondimeno, in assenza di un'espressa norma di divieto non si ravvisano ragioni per non permettere ad un imprenditore “minore” ovvero ad un imprenditore agricolo (il quale, come anticipato, può ben superare le soglie che qualificano l'“impresa minore”) di proporre un concordato “con continuità indiretta”, che contempra la prosecuzione dell'attività mediante la cessione o l'affitto dell'azienda in esercizio o il suo conferimento in una o più società.

Del resto, la legge delega n. 155/2017, anticipando la soluzione poi accolta da una sentenza della Cassazione²⁷, contempla tra i principi generali, la necessità di «dare priorità di trattazione, fatti salvi i casi di abuso, alle proposte che comportino il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale, anche tramite un diverso imprenditore» (art. 2, co. 1, lett. g). In sede di emendamenti parlamentari al testo della delega varato dal Governo, si è altresì individuato, fra i criteri direttivi in materia di concordato preventivo, quello di: «integrare la disciplina del concordato con continuità aziendale, prevedendo [...] che tale disciplina si applichi anche nei casi in cui l'azienda sia oggetto di contratto di affitto, anche se stipulato anteriormente alla domanda di concordato» all'art. 6, co 1, lett. i).

La disciplina del concordato minore relativa alla continuità non contempla alcun riferimento all'ipotesi in cui il piano preveda sia la liquidazione dei beni non funzionali sia la continuazione delle attività aziendali (c.d. concordato misto). Tale fattispecie è invece regolata dall'art. 84, co. 3 che, dando seguito ad un orientamento della giurisprudenza di merito²⁸, prevede il criterio della

²⁷ Cfr. Cass., 19 novembre 2018, n. 29742, in *Foro it.*, 2019, p. 145.

²⁸ Cfr., tra le tante, Trib. Monza, 25 ottobre 2017 e Trib. Pistoia, 29 ottobre 2015, entrambe in

prevalenza²⁹ quale discriminante fra continuità e liquidazione, introducendo altresì la presunzione *iuris et de iure* di prevalenza qualora «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 della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il momento del deposito del ricorso»³⁰.

Benché non vi siano ostacoli all'applicazione di tale norma alla disciplina del concordato minore, giova evidenziare come il criterio di prevalenza meramente quantitativa presenti profili di criticità che hanno l'effetto di limitare l'operatività della tipologia di concordato "in continuità", inserendo – in sostanza – un ulteriore presupposto di ammissibilità. Invero, nell'ipotesi in cui un professionista o un imprenditore, perseguano quale obiettivo finale della procedura la continuazione dell'attività, nonostante il piano concordatario preveda la dismissione del cespite immobiliare in cui essa viene svolta, una valutazione quantitativa dei contenuti del piano e della proposta comporterebbe verosimilmente la qualificazione in senso liquidatorio di tale fattispecie: l'applicazione del criterio normativo della prevalenza quantitativa imporrebbe, in tal caso, la

Il Caso.it. Giova tuttavia segnalare che un nutrito gruppo di provvedimenti (Trib. Como, 27 febbraio 2018, Trib. Torre Annunziata, 29 luglio 2016; Trib. Ravenna, 28 aprile 2015; Trib. Forlì, 24 dicembre 2014, tutte in *Il Caso.it*) hanno adottato la differente teoria della "combinazione" con l'applicazione sia delle norme sul concordato liquidatorio sia di quelle sul concordato in continuità, precisando che, in ogni caso, il criterio della prevalenza non possa operare avendo come punto di riferimento esclusivamente il profilo quantitativo della proposta di concordato. Un ulteriore indirizzo giurisprudenziale ha sostenuto la tesi "dell'assorbimento": App. Genova, 6 luglio 2018 e Trib. Udine, 28 febbraio 2017; entrambe in *Il Caso.it*. Si rammenta, inoltre, l'intermedia teoria "dell'integrazione" adottata dal Trib. Firenze, 2 novembre 2016, in *Il Caso.it*, secondo cui «nel concordato misto deve trovare applicazione la disciplina del piano concordatario prevalente salva la possibilità di applicazione di entrambe le regolamentazioni ove non siano incompatibili secondo il criterio dell'integrazione».

²⁹ Si tratta di un criterio già adottato in ambito civilistico per individuare una soluzione alle criticità interpretative presentate dal c.d. contratto "misto", vale a dire dal negozio che, pur avendo una causa unitaria, è connotato da contenuti tipici di differenti tipologie contrattuali. Si vedano in proposito, *ex multis*, Cass., 5 dicembre 2017, n. 29111, in *Corr. giur.*, 2018, p. 1499; Cass., 1° marzo 2016, n. 4047, in *Dir. ind.*, 2017, p. 242; Cass., 11 marzo 2014, n. 5605, in *Contr.*, 2015, p. 41 e in dottrina: DEL PRATO, *Le basi del diritto civile*, Torino, 2012, p. 142; GALGANO, *Trattato di Diritto Civile*, vol. 2, 2014, p. 461; SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, Padova, 1995.

³⁰ In proposito, è stato osservato che sarebbe stato opportuno integrare la norma con la precisazione che nel calcolo della prevalenza non sarebbero dovute essere considerate le risorse che, benché ricavate dalla vendita di beni, sarebbero reinserite nel ciclo produttivo, in base al piano e alla proposta concordatarie, per sostenere la continuità aziendale (in tal senso, cfr. AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo: "finalità", "presupposti" e controllo sulla fattibilità del piano*, in *Il Caso.it*, 25 febbraio 2019).

necessaria applicazione dei vincoli di cui all'art. 74, co. 2 in quanto le risorse ritraibili dalla continuità risulterebbero inferiori a quelle provenienti dai beni liquidabili.

Data la piena compatibilità applicativa dell'art. 84, co. 3, nell'ipotesi di concordato minore con continuità, il proponente potrà offrire come modalità di soddisfacimento dei creditori la prosecuzione o la rinnovazione di rapporti contrattuali con il debitore o con il suo avente causa.

Giova osservare la mancata riproduzione nella disciplina del concordato minore della strumentalità della continuità diretta al ripristino dell'equilibrio economico finanziario del debitore nell'interesse prioritario dei creditori, come invece espressamente previsto all'art. 84, e al loro miglior soddisfacimento come stabilito dall'art. 87, comma 1, lett. f). Tuttavia, in concreto non si ravvisa alcun disallineamento con la disciplina concordataria "maggiore", in quanto nel concordato minore la soddisfazione, pur in ipotesi parziale, si espone alla contestazione della convenienza per i creditori ai sensi dell'art. 80³¹, di talché sarà necessario che la soddisfazione prevista dalla proposta sia comunque non inferiore all'alternativa liquidatoria³².

5. La rilevanza della causa nella proposta di carattere liquidatorio

La previsione dell'art. 74, co. 2 che condiziona l'ammissibilità del concordato minore a carattere liquidatorio all'«apporto di risorse esterne che aumentino in misura apprezzabile la soddisfazione dei creditori» presenta molteplici profili di indagine ermeneutica.

³¹ Come osserva CRIVELLI, *Il piano e la proposta nelle procedure di componimento della crisi da sovraindebitamento nella L. n. 3/2012*, in *Il fallimento*, 2019, p. 725, si produce tuttavia l'effetto «non trascurabile, che tale interesse [al miglior soddisfacimento dei creditori] fuoriesce dall'esame dell'ammissibilità per entrare in quello della mera convenienza e quindi o del voto o del *cram down* (il quale si basa sulla comparazione rispetto al soddisfacimento del singolo creditore e non del ceto creditorio in generale, come nel caso invece di cui all'art. 87, comma 1, lett. f)».

³² Valga rammentare che la Direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 definisce all'art. 2, comma 1, definisce la «verifica del migliore soddisfacimento dei creditori» come «la verifica che stabilisce che nessun creditore dissenziente uscirà dal piano di ristrutturazione svantaggiato rispetto a come uscirebbe in caso di liquidazione se fosse applicato il normale grado di priorità di liquidazione a norma del diritto nazionale, sia essa una liquidazione per settori o una vendita dell'impresa in regime di continuità aziendale, oppure nel caso del migliore scenario alternativo possibile se il piano di ristrutturazione non fosse omologato».

Nel concordato preventivo “maggiore”, l’ammissibilità di una proposta dal contenuto liquidatorio è subordinata non solo all’apporto di risorse esterne rispetto al patrimonio del debitore, ma anche al fatto che tale apporto sia idoneo a incrementare di almeno il dieci per cento il soddisfacimento dei creditori chirografari rispetto allo scenario alternativo della liquidazione giudiziale, che non può essere in ogni caso inferiore al venti per cento dell’ammontare complessivo del credito chirografario.

Pertanto, dal tenore dell’art. 84, co. 4, è possibile dedurre i seguenti corollari: (i) il debitore ha l’onere di descrivere lo scenario in caso di liquidazione giudiziale, il quale deve essere oggetto di attestazione; (ii) il livello di soddisfacimento concordatario dei creditori chirografari dev’essere incrementato, mediante l’apporto di risorse esterne, di almeno il dieci per cento rispetto all’alternativa liquidatoria; (iii) in nessun caso il soddisfacimento dei chirografari può essere inferiore al venti per cento; (iv) la percentuale del loro soddisfacimento è *oborto collo* destinata a superare il venti per cento qualora nella liquidazione giudiziale sarebbe pari o superiore al venti per cento, di talché, a differenza di quanto previsto dalla legge fallimentare, in quest’ultima situazione il debitore non potrà contenere il proprio impegno al venti per cento³³.

Rispetto alla disciplina del concordato preventivo, è tuttavia lampante come nel concordato minore liquidatorio, in considerazione della maggiore semplicità della procedura e della tipologia dei debitori che possono farvi ricorso, manchi l’indicazione di una percentuale minima sia di soddisfacimento dei creditori chirografari sia dell’incremento dello stesso soddisfacimento derivante da un *quid pluris* esterno, di talché tali dati dovranno essere volta per volta individuati dall’organo di composizione della crisi e rimessi al prudente apprezzamento giudiziale.

La mancata indicazione di una percentuale minima di soddisfazione per il ceto chirografario autorizza l’interprete a interrogarsi sull’ammissibilità di una proposta di concordato minore che – attesa la non peregrina ipotesi di patrimonio appena capiente per permettere il soddisfacimento dei soli privilegiati - non

³³ Secondo ARRIGO, Il dogma della continuazione aziendale in materia di concordato preventivo: from a law of morality to a law of continuity, in *II Caso.it*, 2018, l’imposizione di tali vincoli con riferimento all’apporto di nuove risorse e alla soddisfazione dei chirografari renderà il concordato preventivo liquidatorio di scarsa applicazione.

preveda alcun soddisfacimento per i creditori chirografari o ne contempra il pagamento in misura irrisoria.

In proposito, è possibile giovare degli approdi – dai corollari concreti non sempre univoci – cui è giunto il formante giurisprudenziale con riferimento alla causa del concordato preventivo, prima dell'entrata in vigore della riforma di cui al d.l. n. 83/2015 convertito dalla legge n. 132/2015 n. 132. Tale novella – con l'introduzione quale ultimo comma dell'art. 160 l.fall. della prescrizione per cui la proposta di concordato deve in ogni caso assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari – ha previsto una ulteriore condizione di ammissibilità della proposta, “predeterminando” (nel senso che si vedrà *infra*) la causa in concreto del concordato³⁴.

Nel vigore della legge fallimentare la giurisprudenza ha consolidato la dicotomia – affermata dalle Sezioni Unite n. 1521/2013 benché non scevra di controversie sulla sua effettiva applicazione³⁵ – tra “fattibilità giuridica” intesa come non incompatibilità del piano con norme inderogabili e “fattibilità economica”, quale realizzabilità nei fatti del piano, ontologicamente soggetta a valutazioni prognostiche opinabili e aleatorie, che comportano dunque un margine di rischio. Pertanto, la Suprema Corte ha affermato il principio per cui il sindacato giudiziale sulla “fattibilità economica”, sul quale sono chiamati a pronunciarsi esclusivamente i creditori, non possa essere esteso oltre la verifica della idoneità della proposta concordataria a realizzare la “causa concreta” della procedura concordataria, la quale si estrinseca nella finalità di assicurare il superamento della crisi attraverso «una sia pur minimale soddisfazione dei creditori chirografari»³⁶.

³⁴ Cfr. SPIOTTA, *Il tramonto della distinzione tra fattibilità giuridica ed economica: un adeguamento anticipato alla prossima riforma?*, in *Giur. it.*, 2017, p. 1121.

³⁵ Si veda l'articolata disamina di BOZZA, *Il ritorno del giudice sulla scena del concordato e il tramonto di una stella polare; ovvero una indagine sulla attualità dell'insegnamento delle sezioni unite della cassazione n. 1521 del 2013*, in *Il caso.it*, 28 febbraio 2017; JORIO, *La parabola del concordato preventivo: dieci anni di riforme e controriforme*, in *Giur. comm.*, 2016, p. 15; VELLA, *L'affinamento della giurisprudenza di legittimità dopo le Sezioni Unite sulla “causa concreta” del concordato: ha ancora senso la distinzione tra fattibilità giuridica ed economica*, in *Il fallimento*, 2015, p. 438. Per una panoramica sulla giurisprudenza di merito si rinvia all'interessante analisi di TRENTINI, *Il controllo del tribunale sulla fattibilità economica del concordato: un “ritorno” legittimo?*, in *Il fallimento*, 2017, p. 1222.

³⁶ Così, Cass., S. U., 23 gennaio 2013, n. 1521 commentata *ex multis* da FABIANI, *La questione “fattibilità” del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite*, in *Il fallimento*, 2013, p. 149;

Ecco dunque prorompere nella disciplina concordataria il concetto civilistico della causa in concreto, vale a dire la nozione di causa quale «scopo pratico del negozio, sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato»³⁷.

Se la causa concreta è dunque sintesi della dinamica contrattuale, iscritta nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto, sebbene intesa quale funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, si presta ad un duplice livello concettuale: evoca il tipo di indagine ermeneutica che induce a ricostruire dal concreto regolamento di interessi il funzionamento programmato dalle parti e inoltre consente di operare uno scrutinio sulla concreta idoneità del negozio ad assurgere a modello giuridico volto alla regolamentazione di interessi³⁸. Del resto, la causa è oggettivamente connessa con gli interessi rilevanti, apparendo «come una stella fissa in presenza di una costellazione varia-

NARDECCHIA, *La fattibilità del concordato preventivo al vaglio delle sezioni unite*, in *Dir. fall.*, 2013, II, 185; PAGNI, *Il controllo di fattibilità del piano concordatario dopo la sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521: la prospettiva funzionale aperta dal richiamo alla causa concreta*, in *Il fallimento*, 2013, p. 279, il cui principio è stato in seguito ribadito dalla giurisprudenza di legittimità. Giova osservare che il Codice della Crisi al primo comma dell'art. 47 attribuisce al tribunale il compito di verificare «l'ammissibilità giuridica della proposta e la fattibilità economica del piano», nonché di acquisire, «se non disponga già di tutti gli elementi necessari, il parere del commissario giudiziale, se nominato ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. b)», di talché lo scrutinio giudiziale sarà destinato a incentrarsi sulla effettiva realizzabilità del piano, da valutarsi alla stregua del criterio del «più probabile che non».

³⁷ Così, richiamando una formula consolidata, Cass., S. U., 24 settembre 2018, n. 22437, in *Corr. giur.*, 2019, p. 20, con nota di D'AURIA. Giova rammentare in proposito Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1718, con nota di ROLFI, che considera infatti la causa «funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un iter evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga al fine di cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale». Seguendo tale orientamento bisogna dunque individuare *in casibus* la presenza o meno della causa negoziale, con la conseguenza di giungere potenzialmente a ritenere nulli per illiceità della causa anche modelli contrattuali tipici.

³⁸ Tale profilo è acutamente evidenziato da NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 270, là dove osserva che il passaggio dalla dimensione astratta alla dimensione concreta della causa induce «a rovesciare la tradizionale constatazione (fortemente intrisa dell'opinione che associa la causa al tipo) che vede nella causa lo strumento volto ad orientare l'interpretazione e la qualificazione del contratto. Senonché è, viceversa, la causa e con essa la funzione dell'atto a doversi sottoporre al vaglio interpretativo, onde evidenziare la concreta configurazione del singolo contratto, rispetto al precipuo assetto di interessi delineato dalle parti». Più recentemente, cfr. NAVARRETTA, *Art. 1343*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da Gabrielli, Torino, 2011, p. 614 ss.

bile [...], l'esito puntuale di una selezione destinata a mettere a fuoco il nucleo di senso del contratto»³⁹.

Nell'intento di coniugare il concetto di causa in concreto con il concordato preventivo – tentativo non privo di asperità⁴⁰ – pertanto, potrebbe dedursi che nel caso in cui il piano concordatario su cui si basa la proposta si riveli manifestamente inidoneo al proprio scopo concreto alla luce degli interessi dei contraenti, tra cui gli interessi del ceto creditorio chirografario, il concordato sarà nullo per mancanza di causa⁴¹. Ciò vale *a fortiori* nel nuovo Codice in cui la norma d'esordio della disciplina sul concordato preventivo prevede espressamente la “funzionalizzazione” dello strumento concordatario al soddisfacimento dei creditori mediante la continuità aziendale o la liquidazione del patrimonio (art. 84, co. 1).

Pertanto, se si assume un concetto di causa in concreto quale ragione pratica dell'affare⁴² – ossia obiettivo specifico perseguito dall'accordo concordatario, espressione dell'interesse concretamente perseguito dalle parti – ai fini dell'ammissibilità del concordato minore occorrerà che il piano assicuri il pagamento di una pur minima percentuale ai creditori, compresi i chirografari, entro termini ragionevoli, con il conseguente superamento della crisi del debitore⁴³. Tuttavia, a differenza del concordato “maggior”, non è individuabile una soglia fissa mini-

³⁹ Così, BRECCIA, *La causa del contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da BESSONE, Torino, 1999, p. 54.

⁴⁰ Sul punto si rinvia alle osservazioni di AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da Vassalli, Luiso, Gabrielli, IV, Torino, 2014, pp. 238-241, il quale riferisce come Paolo Montalenti non comprenda il senso della dicotomia tra “causa in astratto” e “causa in concreto” (230-234); Alessandro Nigro neghi che il concetto civilistico di causa possa avere una sua collocazione nell'ambito del procedimento di concordato preventivo (234-236); Vincenzo Calandra Buonauro evidenzia come il riferimento alla “causa in concreto”, il quale assicuri una soddisfazione “minimale”, finisca per rendere evanescente ogni distinzione tra il controllo del tribunale e la valutazione dei creditori, creando “i presupposti per una interpretazione in chiave “ideologica” del pensiero della Suprema Corte (...)” (237); Agostino Gambino definisca la “causa in concreto” proposta dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione un “concetto sfuggente” (239).

⁴¹ In proposito, cfr. Cass. 15 settembre 2011, n. 18864, in *Corr. giur.*, 2012, p. 39, con nota di SALVATO.

⁴² Cfr. Cass., 6 marzo 2015, n. 4628, in *Giur. it.*, 2015, p. 1064, con nota di DI MAJO.

⁴³ Con riferimento ad una domanda di concordato preventivo depositata anteriormente all'entrata in vigore della modifica all'art. 160 l.fall. relativa alla soglia di soddisfazione del venti per cento dei chirografari, cfr. la recente Cass., 8 febbraio 2019, n. 3863, in *Unijuris.it*. Si vedano in proposito le lucide analisi di BALESTRA, *Brevi riflessioni sulla fattibilità del piano concordatario*:

ma di soddisfacimento dei creditori al di sotto della quale la proposta concordataria possa reputarsi inadatta a perseguire la causa concreta.

La giurisprudenza – confermando tale approccio – ha omologato una proposta di accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento che contemplava il soddisfacimento di tutti i creditori concorsuali, sia pure in una percentuale minima (2,5%), ritenendo così realizzata la causa dell'istituto che «essendo di natura concordataria, non può prescindere dalla previsione di un soddisfacimento che coinvolga tutti i creditori con titolo anteriore al momento di apertura del concorso»⁴⁴.

Anche con riferimento all'arco temporale la prassi giurisprudenziale ha adottato un criterio elastico osservando la possibilità per il giudice di valutare l'accogliibilità del ricorso in base alle specificità caratterizzanti la concreta proposta concordataria, in modo da rendere effettiva la *ratio* della disciplina ispirata alla tutela del debitore, pur tenendo comunque in debito conto le ragioni creditorie⁴⁵. Per quanto attiene ai parametri relativi alla durata, qualora il debitore proponente sia un imprenditore, si potrà tener conto del concetto di prevedibilità tipico della scienza aziendalistica, mentre in caso di professionista si potrà utilizzare come riferimento il fatturato storico.

Nel Codice della Crisi, nonostante non sia espressamente prevista una soglia fissa minima di soddisfacimento dei creditori al di sotto della quale la proposta concordataria possa reputarsi inadatta a perseguire la causa concreta, è possibile rinvenire un'utile indicazione nella disciplina dell'esdebitazione del sovraindebitato. Invero, l'art. 283 consente al debitore persona fisica meritevole di accedere al beneficio dell'esdebitazione, «fatto salvo l'obbligo di pagamento del debito entro quattro anni dal decreto del giudice laddove sopravvengano utilità rilevanti che consentano il soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore al dieci per cento».

sulla pertinenza del richiamo da parte delle sezioni unite alla causa in concreto, in *Corr. giur.*, 2013, p. 383 nonché di CASA, *Le (impercettibili) correzioni della Corte di cassazione in tema di causa del concordato preventivo*, in *Il fallimento*, 2016, p. 947.

⁴⁴ Così, in termini, Trib. Bergamo, 31 Marzo 2015, in *IICaso.it*.

⁴⁵ Cfr. Trib. Reggio Calabria, 27 marzo 2018, in *IICaso.it*, che ha ritenuto congrua una durata prevista in otto anni e mezzo. Analogo criterio elastico è stato adottato da Trib. Como, 24 maggio 2018, in *IICaso.it*.

In ogni caso, l'inammissibilità di una proposta di concordato minore che offra ad alcuni creditori una percentuale di soddisfacimento pari allo zero contrasta con la stessa lettera dell'art. 74, co. 2, che condizionando l'ipotesi liquidatoria all'apporto di risorse esterne «che aumentino in misura apprezzabile la soddisfazione dei creditori», non opera alcuna distinzione tra chirografari e privilegiati. Pertanto, il giudice non dovrà ammettere le proposte che assicurano un soddisfacimento del tutto fittizio, in quanto in tali ipotesi non essendovi un effettivo riconoscimento in favore dei creditori di una qualche consistenza del credito, non sarebbe integrata la causa concreta, analogamente a quanto accade nelle fattispecie di c.d. vendita *nummo uno*, in cui non è idoneo ad assolvere la funzione di corrispettivo il pagamento di una somma simbolica o apparente⁴⁶.

Concludendo su tale profilo, non può individuarsi un contenuto fisso e predeterminabile della causa concreta del concordato, la quale sarà dipendente dal tipo di proposta formulata, sebbene incastonata nel generale quadro funzionale al superamento della situazione di crisi e all'assicurazione di un soddisfacimento, quandonanche modesto, dei creditori.

6. *L'apporto di risorse esterne nel concordato liquidatorio*

Ulteriori profili d'indagine tutt'altro che trascurabili nell'ambito del concordato minore di carattere liquidatorio sono quelli che riguardano la natura – se necessariamente pecuniaria o meno - del soddisfacimento dei creditori e, soprattutto, l'apporto di risorse esterne.

Anche su tale tematica è utile il raffronto con la disciplina del concordato preventivo là dove l'art. 85, co. 5 prevede l'obbligo di formare classi «per i creditori che vengono soddisfatti anche in parte con utilità diverse dal denaro». Applicando il “filtro” costituito dalla clausola di compatibilità di cui all'ultimo comma dell'art. 74 non si ravvisano elementi ostativi a che i creditori siano soddisfatti con utilità non pecuniarie, esclusa tuttavia la prosecuzione o la rinnovazione dei rapporti contrattuali con il debitore, atteso che l'art. 84, co.

⁴⁶ Cfr. sul punto LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2015, p. 20; SIRENA, *La nozione della vendita: causa e oggetto*, in *Tratt. contr.*, diretto da Roppo, I, *Vendita e vendite*, a cura di SIRENA, Milano, 2014, p. 16; D'AMICO, *La compravendita*, I, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Perlingieri, IV, 16, Napoli, 2013, p. 116.

3 limita – come visto – tali utilità all’ipotesi di concordato in continuità. Del resto, la soddisfazione dei crediti evoca un qualsiasi strumento, anche diverso dal denaro attraverso il quale può essere adempiuta l’obbligazione. Di conseguenza, è ben possibile l’apporto di crediti, immobili, partecipazioni, aziende, beni, servizi, diritti e quant’altro possa rappresentare comunque una risorsa valorizzabile per i creditori.

La facoltà del debitore di proporre una modifica anche qualitativa, oltre che quantitativa, dell’obbligazione impatta inevitabilmente con il profilo dell’economicità della convenienza del concordato. È ovvio infatti che la possibilità satisfattiva proposta tanto più verrà giudicata conveniente dai creditori quanto più si avvicinerà, in termini di *quomodo*, *quando* e *quantum debeatur*, alla legittima aspettativa dell’adempimento integrale e tempestivo del credito.

Con riferimento all’apporto di un *quid pluris* esterno che accresca la soddisfazione dei creditori, la relazione illustrativa al Codice della Crisi fa riferimento a risorse «che consentano un grado di soddisfacimento dei creditori maggiore di quello assicurato dall’impiego del patrimonio esistente». Pertanto, deve trattarsi necessariamente di apporti ulteriori provenienti da terzi (in ipotesi anche soci), e non di nuove utilità generate “internamente” al debitore, al fine di evitare di travestire da concordato liquidatorio situazioni che non hanno pregio alcuno rispetto alla procedura di liquidazione controllata.

In aggiunta, occorre interrogarsi se la «misura apprezzabile» con riferimento all’aumento della soddisfazione creditoria debba essere ancorata alle percentuali di soddisfacimento che si conseguirebbero con le sole risorse interne concordatarie oppure se si debba fare riferimento ad un dato quantitativo assoluto.

Dal confronto con la disciplina del concordato preventivo liquidatorio, là dove l’ultimo comma dell’art. 84 prescrive che «l’apporto di risorse esterne deve incrementare di almeno il dieci per cento, rispetto all’alternativa della liquidazione giudiziale, il soddisfacimento dei creditori chirografari», il canone ermeneutico *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* impedisce di vincolare la proposta concordataria a tale percentuale minima, atteso che la norma sul concordato minore nulla dispone al riguardo.

La generica formula «in misura apprezzabile» autorizza inoltre un’interpretazione della disposizione *magis ut valeat*, ossia al meglio delle sue capacità

espansive⁴⁷, senza esclusivo riferimento ad un aumento quantitativo nominale o ad un incremento percentuale, bensì operando una valutazione complessiva della fattispecie che contempra entrambi i parametri. Invero, in relazione alla particolarità del caso concreto, un rilevante incremento assoluto potrebbe ben tradursi in un aumento percentuale non «apprezzabile» della soddisfazione creditoria, mentre un apporto esterno di importo nominale trascurabile potrebbe comportare un incremento significativo della percentuale di soddisfacimento.

In ogni caso, dall'applicazione dell'art. 80, co. 3 si ricava la necessità di raffrontare l'opzione concordataria con il soddisfacimento che gli stessi creditori avrebbero in caso di apertura della procedura di liquidazione controllata. Pertanto, il debitore dovrà dimostrare che dalla ripartizione dell'attivo secondo la liquidazione controllata del sovraindebitato i creditori possano risultare soddisfatti in maniera sensibilmente inferiore rispetto al concordato minore, avendo riguardo al *quantum* e al *quando debeatur* alla luce degli apporti esterni.

In esito alla disamina della disciplina del concordato minore a carattere liquidatorio si deduce che la scelta di non quantificare la percentuale minima di soddisfacimento dei creditori né la misura dell'incremento di tale soddisfacimento derivante dall'apporto di risorse esterne, autorizzando una valutazione meno onerosa per il debitore, sia espressione della scelta del legislatore di tutelare l'interesse di questi alla ristrutturazione della propria esposizione⁴⁸.

7. Il contenuto della proposta

Espressione di un rinnovato intreccio tra autonomia privata e insolvenza è la libertà concessa al debitore proponente, il quale può avvalersi di un'inedita atipicità dei contenuti della domanda sul modello di riferimento del *Chapter XI* del *Bankruptcy Code*⁴⁹.

⁴⁷ Tale principio, cardine della scienza interpretativa civilistica (*Quotiens in actionibus aut in exceptionibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res de qua agitur magis valeat quam pereat*, Iul. l. 12 D. *de rebus dubiis* 34, 5), è codificato anche in diversi ordinamenti nazionali e sovranazionali, infatti si rinviene, oltre che nell'art. 1367 c.c. e nei corrispondenti artt. 1157 del *code civil* e 1284 del *código civil* spagnolo, anche all'art. 5.101 dei *Pecl*, all'art. 4.1 degli *Unidroit Principles* nonché nel *Draft Common Frame of Reference* all'art. II - 8:101.

⁴⁸ Si rinvia in merito all'analisi di PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2012, p. 177.

⁴⁹ La rilevanza della disciplina statunitense è tale da aver costituito il modello di riferimento

All'art. 74, co. 3 si afferma invero il principio della libertà dei contenuti della proposta, la quale pur dovendo indicare «in modo specifico tempi e modalità» per superare la crisi da sovraindebitamento potrà prevedere il soddisfacimento dei crediti, anche parziale, in qualsiasi forma, anche diversa dal denaro, rispettando l'ordine delle cause di prelazione.

Pertanto, gli accordi raggiunti in precedenza tra creditore e debitore non sono vincolanti, giacché altrimenti impedirebbero l'accesso alla procedura di sovraindebitamento, permettendo il soddisfacimento integrale dei singoli creditori e la proporzionale riduzione del patrimonio da destinare al soddisfacimento di tutti gli altri. Di conseguenza, come riconosciuto dalla giurisprudenza⁵⁰, anche il cessionario del quinto sarà assoggettato ad un'eventuale riformulazione dell'adempimento al pari degli altri creditori chirografari.

La regola generale di libertà delle forme della proposta consente una maggiore aderenza della stessa alle esigenze specifiche dell'impresa o del professionista, modulandola a seconda delle caratteristiche dell'attività economica, dell'entità dell'indebitamento, della conformazione e della tipologia del ceto creditorio, delle risorse disponibili o presumibilmente ottenibili. Così – mediante un'opportuna interlocuzione con l'organismo di composizione della crisi – si può passare da ipotesi più semplici in cui il debitore si limita a formulare ai creditori una proposta che preveda la dilazione del pagamento (in genere accompagnato da garanzie aggiuntive o nuove) o la remissione parziale dei debiti, o ancora la dilazione del debito ridotto per effetto di una remissione parziale, a fattispecie più articolate dove si contempla l'erogazione di credito da parte dei creditori o di terzi o l'accesso del ceto creditorio negli organi di gestione, in caso cumulando differenti soluzioni.

per la costruzione delle soluzioni di composizione negoziale della crisi d'impresa nell'ordinamento italiano ed europeo (influenzando, in particolare l'*Insolvenzplan* tedesco). In numerosi arresti della giurisprudenza di merito italiana si fa espressamente riferimento al *Chapter XI* quale paradigma di riferimento per gli strumenti negoziali della crisi d'impresa come novellati dalla stagione delle riforme. In particolare, si veda Trib. Monza, 7 aprile 2009, in *II Caso.it*; Trib. Piacenza, 23 giugno 2009, *ivi*, dove si afferma a proposito della facoltà del debitore di dividere i creditori in classi che «la suddivisione in classi, che il debitore può operare, presenta, maggiore analogia con l'ipotesi del *chapter eleven* che ha fornito il modello al legislatore».

⁵⁰ Si veda in proposito, Trib. Ancona, 15 marzo 2018, e Trib. Grosseto, 9 maggio 2017, entrambe in *II Caso.it*.

Più in particolare, *ex latere debitoris*, il concordato minore può prevedere – come anticipato – l'affitto e/o la cessione dell'azienda o di suoi rami a terzi, la *datio in solutum*, il mandato a terzi a incassare i crediti, la cessione dei beni ad un liquidatore giudiziale, la liquidazione dei soli beni non strategici per la continuazione dell'attività, la destinazione degli utili futuri al pagamento dei debiti pregressi.

Sul versante del creditore la proposta concordataria può contemplare operazioni, sia di natura dilatoria sia di natura remissoria o mista, che – incidendo sull'esposizione debitoria dell'imprenditore o del professionista – si possono concretizzare in una variazione delle scadenze, nell'emissione di titoli di debito, in remissioni dei debiti, dilazioni di pagamento, apposizioni di elementi accessori quali garanzie tipiche e atipiche, ovvero ancora rinunce ad una causa legittima di prelazione o ad una quota di interessi o anche ad una parte della quota capitale.

Inoltre, nonostante sia venuta meno la disposizione di cui all'art. 8, co. 2, della legge n. 3/2012, nulla osta a che, al fine di rafforzare la proposta o evitare che la liquidazione scenda sotto una certa soglia, la proposta sia sottoscritta da terzi, in posizione di finanziatori o garanti, che permettono il conferimento di redditi o beni. Questi potranno in caso assumere dei debiti rilevando tutto o parte dell'attivo, con l'obbligo di soddisfare totalmente o parzialmente i debiti ovvero concedere garanzie, con conseguente necessità che tali terzi sottoscrivano la proposta di concordato.

Attesa la riduzione del perimetro dei soggetti che possono accedere al concordato minore, con espressa esclusione del consumatore, si comprende come la nuova disciplina non consenta al debitore di inserire nella proposta limitazioni all'accesso al mercato del credito al consumo, al pagamento elettronico a credito e alla sottoscrizione di strumenti creditizi e finanziari, come invece stabilito dall'art. 8, co. 3, della legge n. 3/2012. Al contrario, l'uso in particolare degli strumenti di pagamento elettronico è quanto mai necessario per i soggetti avente veste imprenditoriale o professionale, per cui è da salutare con favore la mancata inclusione della limitazione prevista nella legge sul sovraindebitamento.

In aggiunta, è possibile contemplare l'affidamento del patrimonio ad un gestore il quale – nominato dal giudice – provveda sia alla custodia dei beni sia alla loro successiva liquidazione e alla distribuzione del ricavato, benché nella

nuova normativa non sia stata riprodotta la relativa previsione di cui all'art. 7, co. 1, della legge n. 3/2012. Tuttavia, in ogni caso, sia che la liquidazione sia affidata ad un gestore o meno, in forza del rinvio alla disciplina del concordato preventivo operato dall'art. 74, co. 4, l'attività liquidatoria dovrà essere effettuata con l'espletamento di procedure competitive che garantiscano l'apertura della competizione agli offerenti e a qualunque interessato per la selezione dell'aggiudicatario dei cespiti acquisiti all'attivo.

Insieme alla proposta, il debitore predispone un piano, tramite cui essa si deve attuare secondo lo schema concordatario, prevedendo – oltre alle scadenze, alle modalità e alle percentuali di pagamento dei creditori⁵¹ – le modalità della liquidazione dei beni e dunque la cessazione dell'attività con l'indicazione delle relative tempistiche ovvero le modalità della continuazione dell'attività economica. La scelta della tipologia concordataria implica l'applicazione dei vincoli normativi esaminati nei precedenti paragrafi con un inevitabile limite al principio generale di atipicità della proposta, la quale deve altresì rispettare determinate prescrizioni in conseguenza del carattere liquidatorio o di continuità della proposta.

Come anticipato, nell'ipotesi di concordato minore con continuità, il proponente potrà offrire come modalità di soddisfacimento dei creditori la prosecuzione o la rinnovazione di rapporti contrattuali con il debitore o con il suo avente causa (art. 84, co. 3), applicandosi l'art. 97 in quanto compatibile.

Alla luce di quanto osservato, si ricava che sebbene il legislatore rimetta all'autonomia privata la costruzione del contenuto della proposta e del piano su cui essa si basa, tale contenuto è tuttavia in parte vincolato da puntuali norme che limitano i margini di manovra del debitore.

8. *L'articolazione del principio della par condicio*

Giova verificare se e in che termini l'atipicità della proposta di concordato minore debba comunque soggiacere al principio di *par condicio creditorum*. Questo, di per sé «corrispondente ad un'intuitiva esigenza di parità di tratta-

⁵¹ Requisito indefettibile della proposta, secondo quanto affermato da Trib. Firenze, 27 agosto 2012, in *IlCaso.it*, una delle prime pronunce successive all'entrata in vigore della legge n. 3/2012.

mento»⁵², esige dall'interprete uno sforzo ricostruttivo che possa indagarne la reale portata operativa fuggendo da una ingiustificata "mitizzazione"⁵³. Invero, al pari di ogni principio, si presta ad essere utilizzato *ad usum conditor legum*, ovvero sottoposto ad operazioni di estensione o compressione a seconda delle scelte discrezionali di politica del diritto effettuate dal legislatore⁵⁴.

Con riferimento alla determinazione delle percentuali di soddisfacimento dei creditori si conferma la falciabilità dei crediti chirografari nonché la possibilità di prevedere la non integrale soddisfazione dei creditori privilegiati, pignorati o ipotecari. L'esercizio di tale ultima facoltà è tuttavia subordinato alla condizione che – come previsto dall'art. 75, co. 2 – il piano garantisca la soddisfazione di questi crediti «in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale sul ricavato in caso di liquidazione», tenendo conto del valore di mercato riferibile ai beni o ai diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, come attestato dagli organismi di composizione della crisi. Pertanto, in caso di concordato con continuità, la mancata realizzazione dei beni su cui grava un privilegio generale mobiliare renderà necessario, ai fini del soddisfacimento di tali crediti, il reperimento di congrue risorse esterne⁵⁵.

Ancora, per quanto attiene al pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, nonostante non sia stata riprodotta nel nuovo Codice la disposizione di cui all'art. 8, co. 4, della legge n. 3/2012, in caso di concordato minore con continuità, il piano può prevedere una moratoria fino a due anni

⁵² Così BRECCIA, *Le obbligazioni*, in IUDICA - ZATTI, a cura di, *Tratt. dir. priv.*, Milano, 1991, p. 61. Non a caso JAEGER, "Par condicio creditorum", in *Il fallimento*, 1984, p. 63, qualifica la regola della *par condicio* come «una norma di polizia processuale».

⁵³ Si veda in merito COLESANTI, *Mito e realtà della "par condicio"*, in *Il fallimento*, 1984, p. 32. In senso analogo GARRIDO, *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, Milano, 1998, p. 294, secondo il quale «il principio di uguaglianza attua solo una specie di miraggio, capace di giustificare qualsiasi regola ed al tempo stesso di non spiegare niente».

⁵⁴ Risulta possibile individuare infatti storicamente fasi in cui tale principio è stato oltremodo ampliato o ridotto come osserva MAISANO, *La tutela concorsuale dei diritti*, in MAZZAMUTO, a cura di, *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, II, Napoli, 1989, p. 845.

⁵⁵ Con riferimento al dibattito in proposito sorto in relazione all'analoga norma di cui all'art. 160, co. 2, l.fall. nell'ambito del concordato preventivo si rinvia a FABIANI, *Appunti sulla responsabilità patrimoniale "dinamica" e sulla de-concorsualizzazione del concordato preventivo*, a cura di AMBROSINI, *Soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, Bologna, 2017, p. 41; D'ATTORRE, *Concordato con continuità ed ordine delle cause di prelazione*, in *Giur. comm.* 2016, I, p. 39; VATTERMOLI, *Concordato con continuità aziendale. Absolute priority rule e new value exception*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, p. 331.

dall'omologazione (salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali insiste la causa di prelazione), in forza dell'art. 86 applicabile *de plano* al concordato minore⁵⁶. Pertanto, l'imprenditore minore o il professionista in stato di sovraindebitamento – caratterizzato da una scarsa disponibilità liquida immediata – che ha concesso ipoteca sull'immobile in cui esercita l'attività economica, non sarà costretto a liquidare tale bene ma avrà la possibilità di destinare le risorse all'attuazione del piano concordatario, potendo soddisfare il creditore garantito in un arco temporale doppio rispetto a quanto previsto dalla legge n. 3/2012.

In relazione al trattamento dei crediti tributari e contributivi, la nuova disciplina del concordato minore non ripropone il c.d. divieto di falcidia dell'i-va contenuto all'art. 7, co. 1, terzo periodo della legge 3/2012, norma – come riconosciuto dalla giurisprudenza⁵⁷ – in contrasto con il principio di neutralità fiscale previsto dall'Unione Europea che impone al legislatore nazionale di non introdurre, in materia di i.v.a., significative differenze tra i contribuenti e recentemente dichiarata incostituzionale per violazione dell'art. 3 Cost. in quanto discrimina i debitori soggetti alla procedura di sovraindebitamento da quelli legittimati a proporre il concordato preventivo, rispetto ai quali la falci-

⁵⁶ In proposito, la recente Cass., 3 luglio 2019, n. 17834, in *IICaso.it*, ha affermato l'applicabilità agli accordi di composizione della crisi da sovraindebitamento del principio in base al quale nel concordato preventivo è possibile proporre la dilazione del pagamento dei creditori privilegiati o con prelazione, equiparandoli, ai fini del voto, ai chirografari per la perdita derivante dalla dilazione e dunque per la parte del credito in tal modo non interamente soddisfatta, permettendo così al debitore di proporre una dilazione di pagamento del creditore ipotecario al di là della fattispecie di continuità d'impresa e a prescindere dal termine previsto dall'art. 186-bis l.fall. In senso contrario il Trib. La Spezia, 13 giugno 2018, in *IICaso.it*, aveva ritenuto inammissibile l'applicazione estensiva della moratoria all'ipotesi in cui non sia prevista la continuazione dell'attività.

⁵⁷ Cfr. Trib. La Spezia, 10 settembre 2018, e Trib. Torino, 7 agosto 2017, entrambe in *IICaso.it*, che hanno stabilito la disapplicazione di tale norma nella parte in cui dispone l'inammissibilità della proposta di accordo di composizione della crisi avanzata dall'imprenditore la quale preveda il pagamento solo parziale del debito a titolo di imposta sul valore aggiunto. Si segnala altresì che Trib. Udine, 14 maggio 2018, in *IICaso.it*, ha sollevato la questione d'incostituzionalità dell'art. 7, co. 1, terzo periodo, della legge n. 3/2012, limitatamente alle parole «all'imposta sul valore aggiunto». *Contra* Trib. Pistoia, 26 aprile 2017, in *IICaso.it*, che ha suggerito un'interpretazione conforme al diritto dell'Unione Europea ritenendo che il divieto di falcidia dell'i.v.a. previsto dalla norma sul sovraindebitamento «faccia implicitamente salva l'ipotesi che la proposta preveda un trattamento migliore rispetto a quello consentito dalla alternativa liquidatoria di cui all'art. 14-ter, esprimendo così la regola generale rispetto alla quale l'eccezione deve ritenersi non esclusa, ma implicita».

dia del credito IVA è consentita⁵⁸. Di conseguenza, sarà pienamente applicabile al concordato minore l'istituto della transazione fiscale regolato dall'art. 88 nell'ambito del concordato preventivo.

Al fine di allineare la disciplina del concordato minore a quella di cui all'art. 100, co. 2, sul concordato preventivo e assicurare la conservazione di beni strumentali all'esercizio dell'attività economica, ai sensi dell'art. 75, co. 3, qualora la proposta rivesta carattere di continuità aziendale, è possibile prevedere il rimborso, alla scadenza prevista contrattualmente e non con la tempistica prevista dal piano concordatario per gli altri pagamenti, delle rate a scadere del contratto di mutuo con garanzia reale gravante su beni strumentali all'esercizio dell'impresa. Occorre tuttavia rispettare due condizioni alternative: alla data della presentazione della domanda di concordato, il debitore deve aver adempiuto le proprie obbligazioni ovvero deve aver ottenuto l'autorizzazione del giudice al pagamento del debito per capitale ed interessi scaduto a tale data. In ogni caso, l'organismo di composizione della crisi è tenuto ad attestare che il credito garantito possa essere soddisfatto integralmente con il ricavato della liquidazione del bene al valore di mercato e che il rimborso delle rate a scadere non pregiudichi la *par condicio creditorum* benché si tratti di un pagamento anticipato rispetto agli altri creditori concorsuali.

Viene in rilievo la facoltà, stabilita dall'art. 74, co. 3, di suddividere i creditori in classi quale strumento di flessibilità della proposta (al pari di quanto previsto dall'art. 85, co. 3, lett. c) in materia di concordato preventivo)⁵⁹. La

⁵⁸ Il trattamento dell'i.v.a. nelle procedure concorsuali risente della sentenza della Corte di Giustizia UE, 7 aprile 2016, C-546/14, in *Il fallimento*, 2016, p. 1003, con nota di STASI, nonché della conseguente interpretazione dei principi contenuti negli artt. 2, 250, par. 1, e 273 della direttiva 2006/112/CE del 28 novembre 2006 nonché dell'art. 4, par. 3, T.U.E. Sul punto, recentemente, la Corte Costituzionale, con la sentenza 29 novembre 2019 n. 245 in *CorteCostituzionale.it*, dopo aver evidenziato «il parallelismo che corre tra l'accordo di composizione della crisi da indebitamento, previsto dalla normativa censurata e il concordato preventivo disciplinato dalla legge fallimentare», ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 7, comma 1, terzo periodo, della legge 27 gennaio 2012 n. 3 sul sovraindebitamento, limitatamente alle parole: «all'imposta sul valore aggiunto», non riconoscendo natura eccezionale alla regola della falcidiabilità dell'i.v.a., prevista dall'art. 182-ter della legge fallimentare, anche in sede di concordato preventivo. Si afferma pertanto il generale principio della falcidiabilità dei crediti privilegiati, reputato «espressione tipica delle procedure concorsuali, maggiori o minori, con finalità esdebitatoria, tanto da risultare replicato anche per gli strumenti di definizione anticipata delle situazioni di sovraindebitamento prevista dalla legge n. 3 del 2012».

⁵⁹ Giova osservare che la Direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 che modifica la Direttiva (UE) 2017/1132 dispone all'art. 9 che «Gli Stati membri

legge n. 3/2012 tace in ordine ai criteri di formazione delle classi, con conseguente ampia libertà al debitore, fatto salvo il criterio ricavabile dalla stessa normativa del limite di non alterazione dell'ordine delle cause di prelazione. Al contrario, il nuovo Codice, che regola sia la disciplina del sovraindebitamento sia il concordato preventivo, prescrive all'art. 2 – il quale, con finalità meramente esplicative o di sintesi, reca le principali definizioni – che per «classe di creditori» si deve intendere l'«insieme di creditori che hanno posizione giuridica e interessi economici omogenei», eliminando così qualsiasi ipotetica differenziazione tra concordato minore e concordato preventivo in punto di criteri di formazione delle classi.

In forza del rinvio operato dall'art. 74, co. 4, si applica al concordato minore l'art. 85, co. 5 che obbliga la suddivisione in classi *ad hoc* per i creditori titolari di crediti previdenziali o fiscali dei quali non sia previsto l'integrale pagamento, per i creditori titolari di garanzie prestate da terzi, per i creditori che vengono soddisfatti anche in parte con utilità diverse dal denaro e per i creditori proponenti il concordato e per le parti ad essi correlate, in ragione della evidente disomogeneità di interessi economici e posizione giuridica di questi rispetto al resto del ceto creditorio.

Spicca tuttavia la mancata riproduzione nella norma del divieto, nella previsione di trattamento stabilito per ciascuna classe, di alterazione dell'ordine delle cause legittime di prelazione che invece si ritrova nel concordato preventivo (art. 85, co. 6), di talché l'autonomia nella determinazione delle classi non sarebbe limitata dal rispetto del principio della *par condicio ex art. 2741 c.c.* Assumendo tale ipotesi, ai creditori rimarrebbe unicamente la tutela del *c.d. best interest of creditors test*, in quanto il creditore dissenziente potrebbe opporsi all'omologazione in base a ragioni di convenienza della proposta rispetto all'alternativa concretamente praticabile⁶⁰.

provvedono affinché le parti interessate siano trattate in classi distinte che rispecchiano una sufficiente comunanza di interessi, basata su criteri verificabili, a norma del diritto nazionale. Come minimo, i creditori che vantano crediti garantiti e non garantiti sono trattati in classi distinte ai fini dell'adozione del piano di ristrutturazione», precisando tuttavia che «gli Stati membri possono prevedere che il debitore PMI possa scegliere di non trattare le parti interessate in classi distinte».

⁶⁰ Nel concordato preventivo, l'art. 112 del Codice stabilisce invece che «Se un creditore dissenziente appartenente a una classe dissenziente ovvero, nell'ipotesi di mancata formazione delle classi, i creditori dissenzienti che rappresentano il venti per cento dei crediti ammessi al voto, contestano la convenienza della proposta, il tribunale può omologare il concordato qualora ritenga che

In proposito, valga evidenziare che la Direttiva (UE) 2019/1023 all'art. 11, comma 1, lett. c), deroga all'*absolute priority rule*, ovvero al principio per cui non è possibile effettuare pagamenti in favore dei creditori di rango inferiore nell'ambito delle cause di prelazione fino a quando i creditori di rango inferiore non sono stati interamente soddisfatti.

La norma comunitaria prevede infatti che il piano, in caso di *cross class cram down* (vale a dire all'approvazione da parte della maggioranza delle classi o in alternativa almeno da una delle classi pregiudicate, fermo restando che le altre classi debbono ottenere un trattamento non deteriore alla luce del miglior soddisfacimento dei creditori), per essere approvato dal giudice debba assicurare che le classi di voto dissenzienti di creditori interessati ricevano un trattamento almeno tanto favorevole quanto quello delle altre classi dello stesso rango e più favorevole di quello delle classi inferiori. In alternativa il secondo paragrafo della stessa lett. c) consente agli Stati membri di prevedere che i diritti dei creditori interessati di una classe di voto dissenziente siano pienamente, e quindi integralmente, soddisfatti con mezzi uguali o equivalenti se è previsto che una classe inferiore riceva pagamenti o mantenga interessi in base al piano di ristrutturazione. La regola della *relative priority rule* permetterebbe maggiore flessibilità nella predisposizione del piano concordatario, che potrebbe meglio tutelare gli interessi di alcune categorie di creditori strategici, come i fornitori, altrimenti destinati a non ricevere alcuna soddisfazione. Di conseguenza, in tale prospettiva normativa, sarebbe più agevole ottenere l'approvazione dei creditori nonché mantenere fornitori strategici e convincere i soci di riferimento ad investire ulteriormente nella società in concordato.

Si assisterebbe dunque ad un ulteriore esempio di "destrutturazione" del principio della *par condicio*⁶¹, riscontrandosi come peculiare nella nuova disciplina la possibile differenziazione e la discriminazione dei creditori a seconda del loro atteggiarsi rispetto alla procedura, nella consapevolezza che la *par condicio* esprime un criterio per regolare, nell'ambito del concorso, i creditori concorrenti alla stessa garanzia patrimoniale⁶².

il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale».

⁶¹ In tal senso, si veda A. NIGRO, "Privatizzazione" delle procedure concorsuali e ruolo delle banche, in *Banca Borsa tit. cred.*, 2006, I, p. 360.

⁶² Si vedano sul punto le riflessioni di TERRANOVA, *Le procedure concorsuali. Problemi d'una*

Sempre più, infatti, oltre a vari *vulnus* sistematici introdotti nelle successive riforme della disciplina fallimentare⁶³, si riscontrano interventi giurisprudenziali che sottraggono ampi settori del passivo al trattamento concorsuale⁶⁴. Si afferma, ad esempio, la prededucibilità nel fallimento del credito del subappaltatore, qualora il pagamento fuori concorso risulti “utile” alla massa dei creditori⁶⁵.

Vale rammentare come sia destituita di fondamento una connessione “forte” tra *par condicio creditorum* e istanze riconducibili ad una etica solidaristica, in quanto, per dirla con autorevole dottrina «se volessimo decidere alla stregua di un carattere di giustizia la distribuzione tra i creditori di risorse insufficienti, sarebbe indispensabile scrutinare la causa di ciascuna obbligazione per compilare un ordine di “meritevolezza” di tutela dell’interesse dei creditori nelle singole fattispecie»⁶⁶.

riforma, Milano, 2004, p. 51 e MIMOLA, *Risanamento delle imprese, mercato e parità di trattamento*, Milano, 2004, p. 86.

⁶³ Basti rammentare il concetto delle classi dei creditori (art. 160, comma 1, lett. c, l. fall.), la possibilità di attribuire loro trattamenti differenziati (art. 160, co. 1, lett. d); la riformulazione in senso estensivo dell’art. 111 l. fall.; il dimezzamento del periodo sospetto ai fini delle azioni revocatorie fallimentari, l’introduzione di un ampio sistema di esenzioni (art. 67, co. 3, l.fall); l’espressa attribuzione della prededucibilità ai crediti da rimborso di varie tipologie di finanziamenti (art. 182-*quater* e art. 182-*quinquies*, co. 1, l. fall.) ed ai crediti derivanti dagli atti legalmente compiuti dal debitore in pre-concordato (art. 161, co. 7, l. fall.); il riconoscimento della facoltà di sospensione o scioglimento dei contratti in corso, mediante la corresponsione all’altro contraente di un semplice indennizzo non prededucibile (art. 169-*bis* l. fall.); all’autorizzazione nel concordato in continuità del pagamento di crediti anteriori (art. 182-*quinquies*, co. 4, l. fall.).

⁶⁴ In proposito, vi è chi parla di “fuga dal concorso” (così GALLETTI, *Sulla sempre più frequente generalizzazione giurisprudenziale di situazioni che comportano la sottrazione dei crediti alle regole del concorso*, in *IlFallimentarista.it*, 2016).

⁶⁵ Cfr. Cass., 16 febbraio 2016, n. 3003, in *DeJure.it*, secondo la quale «Ai fini della prededucibilità dei crediti nel fallimento, il necessario collegamento occasionale o funzionale con la procedura concorsuale, ora menzionato dall’art. 111 R.D. n. 267 del 1942 va inteso non soltanto con riferimento al nesso tra l’insorgere del credito e gli scopi della procedura, ma anche con riguardo alla circostanza che il pagamento del credito, ancorché avente natura concorsuale, rientri negli interessi della massa e dunque risponda agli scopi della procedura stessa, in quanto utile alla gestione fallimentare. Invero, la prededuzione attua un meccanismo soddisfattorio destinato a regolare non solo le obbligazioni della massa sorte al suo interno, ma anche tutte quelle che interferiscono con l’amministrazione fallimentare ed influiscono sugli interessi dell’intero ceto creditorio»

⁶⁶ Così SCHLESINGER, *L’eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 319.

Il riferimento all'art. 3 Cost. è quindi sì presente ma con riferimento al principio di ragionevolezza⁶⁷ che impone di valutare la coerenza che dovrebbe ammantare il sistema di regole ed eccezioni costituenti l'ossatura della *par condicio creditorum*, in modo da soddisfare la «esigenza di giustificarne le deroghe secondo il canone della ragionevolezza delle discriminazioni»⁶⁸.

Il principio di *par condicio* tradizionalmente inteso, dunque, persa la caratteristica di universalità, vede ristretto il proprio ambito di applicazione, operando solo in difetto di interessi meritevoli di maggior tutela, quale appunto la continuazione dell'attività d'impresa mediante il buon esito dell'operazione di risanamento della stessa⁶⁹. Ciò in quanto la parità di trattamento assolve ad una funzione meramente strumentale all'obiettivo di permettere una gestione ottimale dell'impresa in crisi; pertanto, la *par condicio* non può assurgere a principio assoluto, dovendo invece piegarsi alle esigenze dell'impresa intesa come attività da tutelare⁷⁰.

Del resto, la produzione di plusvalore attraverso le soluzioni negoziali della crisi d'impresa appare incompatibile con la sua equa distribuzione, poiché altrimenti l'impulso alla stessa creazione di plusvalore sarebbe vanificato, con inevitabile pregiudizio per i vari protagonisti della crisi: occorre, quindi,

⁶⁷ Il principio di ragionevolezza è «concepito come svolgimento dell'art. 3 Cost.», come affermato dalla Corte Cost., 17 marzo 1998, n. 63, in *Foro it.*, 2000, I, p. 41.

⁶⁸ In tal senso TARZIA, *Par aut dispar condicio creditorum?*, in *Riv. dir. proc.*, 2005 p. 10. Come ha osservato il Giudice delle leggi (Corte Cost., 20 aprile 1989 n. 204, in *Giur. comm.* 1990, II, p. 5), pur dubitando del fondamento costituzionale della *par condicio creditorum*, «non per questo essa può vantare una assoluta inderogabilità, [...] giacché essa tollera disparità di trattamento se queste siano giustificate da ragioni apprezzabili, e tanto più se lo siano dall'attuazione di un valore costituzionale». Del resto, la Corte ha individuato il carattere politico di tali valutazioni discrezionali, affidate istituzionalmente al legislatore, rifiutandosi quindi di intervenire per dare origine a nuove forme di prelazione.

⁶⁹ Sul punto cfr. JORIO, *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, in *Giur. comm.*, p. 500; COSTA, *La crisi dell'impresa e le banche*, a cura di RAGUSA MAGGIORE - TORTORICI, *Crisi d'impresa e procedure concorsuali in Italia e in Europa. Prospettive di riforma*, Padova, 2002, p. 457; DE SENSI, *Convenzioni stragiudiziali per il salvataggio delle imprese e patti parasociali*, in *Dir. fall.*, 2005, p. 57; ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in RESCIGNO, a cura di, *Tratt. dir. priv.*, XIX, Torino, 1985, p. 485, secondo il quale in particolare il valore della parità di trattamento sarebbe esclusivamente quello di disattendere il differente criterio della priorità temporale nel soddisfacimento dei creditori.

⁷⁰ Per un'analisi da una prospettiva tipicamente civilistica del principio della *par condicio creditorum* nelle procedure concorsuali cfr. MIGLIACCIO, *Parità di trattamento e concorso dei creditori*, Napoli, 2012, p. 180.

applicare anche in tale ambito le regole concorrenziali che caratterizzano il sistema economico generale al fine di perseguire l'obiettivo di efficienza economica. Del resto, come afferma Coase, impresa e mercato «congiuntamente formano la struttura istituzionale del sistema economico», tuttavia, all'interno di una cornice regolamentare di tutele⁷¹.

Atteso che in particolare le procedure di sovraindebitamento rappresentano una tipica disciplina a tutela del mercato più che del credito nel senso derivante dal principio di responsabilità patrimoniale del debitore, il cui declino è "compensato" e giustificato dall'ascesa della tutela dell'interesse collettivo della categoria dei creditori, ossia – in ultima analisi – del mercato⁷², è possibile ritenere non operante in questo caso il rinvio ad opera dell'art. 74, co. 4, alla disciplina del concordato preventivo (art. 85, co. 6). Tanto più che l'assenza del divieto di alterazione dell'ordine delle cause legittime di prelazione nella suddivisione in classi nel concordato minore troverebbe un appiglio sistematico nella chiara recessività della *par condicio* a favore della finalità di assicurare il miglior soddisfacimento dei creditori – obiettivo perseguito dalle norme di cui agli artt. 87, 94, 99, 100, 123, 274, 284, 285, 287 del Codice della Crisi.

9. La clausola di compatibilità e l'unità sistematica

Si è più volte sottolineato come nel concordato minore siano presenti regole sostanzialmente coincidenti con quelle del concordato preventivo, sebbene il nuovo istituto realizzi la ristrutturazione patrimoniale a fini adempitivi, inserendosi «nel finalismo dell'esecuzione coattiva del rapporto obbligatorio»⁷³, mentre il concordato preventivo attui la ristrutturazione dei debiti perseguendo solo in via subordinata lo scopo della ristrutturazione dell'impresa.

⁷¹ Così COASE, *Impresa, mercato, diritto*, Bologna, 2006, p. 45.

⁷² Si vedano in proposito le riflessioni di PAGLIANTINI, *L'insolvenza del consumatore tra debito e responsabilità: lineamenti sull'esdebitazione*, in D'AMICO, a cura di, *Sovraindebitamento e rapporto obbligatorio*, Torino, 2018, pp. 49 e 62 e di BARTALENA, *Il concordato in continuità*, in CALVOSA, a cura di, *Crisi di impresa e insolvenza*, Pisa, 2017, p. 102.

⁷³ Così, F. DI MARZIO, *L'insolvenza civile nel diritto delle procedure concorsuali*, in D'AMICO, a cura di, *Sovraindebitamento e rapporto obbligatorio*, cit., p. 215. In senso analogo, cfr. MACARIO, *Finalità e definizioni*, in La "nuova" composizione della crisi da sovraindebitamento, cit., p. 18.

La marcata assonanza nella disciplina dei due istituti, al netto della inevitabile maggiore semplicità della procedura minore, giustifica quindi la clausola generale di rinvio di cui all'art. 74, co. 4 che, con l'ovvio limite della compatibilità, consente di veicolare sul concordato minore le norme in materia di concordato preventivo⁷⁴.

Oltre alle già esaminate disposizioni di cui si è affermata l'applicabilità al concordato minore, giova sottoporre al filtro della compatibilità alcune norme in modo da verificarne se e in che modo potrebbero essere concretamente operative nel nuovo istituto.

Benché non vi siano ostacoli normativi, attesa la specialità del concordato minore, non pare in concreto applicabile a tale tipologia concorsuale l'art. 90 che accorda ai creditori, entro determinati limiti, la facoltà di presentare una proposta di concordato preventivo concorrente con quella del debitore che conserva comunque la legittimazione in via esclusiva a presentare la domanda di concordato. Invero, la Relazione illustrativa al Codice (art. 74), in ragione della semplicità e snellezza del procedimento di concordato minore, precisa che questo «non conosce l'istituto delle proposte concorrenti»⁷⁵.

Al contrario, appare piana l'applicazione al concordato minore della normativa di cui all'art. 91 in tema di offerte concorrenti. Tale disposizione persegue l'obiettivo di aumentare la contendibilità dei singoli beni dell'impresa in concordato o dell'azienda o di suoi rami, incoraggiando i terzi interessati a competere con gli offerenti individuati dal debitore, in modo da evitare i c.d. concordati preconfezionati in cui ai creditori non rimane altra alternativa che accogliere o respingere in blocco la proposta. Si pensi, in via esemplificativa, al piano concordatario di un professionista proprietario dell'immobile in cui

⁷⁴ Del resto la recente Cass., 3 luglio 2019, n. 17834, in *IICaso.it* ha osservato che, in riferimento alle procedure di sovraindebitamento «non è seriamente contestabile l'accostamento all'istituto concordatario, che postula che si debbano estendere all'accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento i principi che la giurisprudenza di questa Corte ha enucleato in relazione al possibile contenuto della proposta concordataria, col solo limite, naturalmente, della compatibilità».

⁷⁵ In proposito la Direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 al considerando 29 stabilisce che «Quando i creditori o i rappresentanti dei lavoratori sono autorizzati ad avviare una procedura di ristrutturazione a norma del diritto nazionale e qualora il debitore sia una PMI, gli Stati membri dovrebbero esigere l'accordo del debitore quale prerequisito per l'avvio della procedura e dovrebbero poter altresì decidere di estendere tale prescrizione ai debitori che sono grandi società».

svolge l'attività che prevede la cessione del cespite ad un acquirente con cui ha già stipulato un contratto preliminare: l'art. 91, co. 2 – con un'innovazione da salutare con favore – dispone che sia data idonea pubblicità anche in ipotesi di contratto avente la finalità del trasferimento non immediato del bene, in modo da appurare sul mercato la congruità del valore di cessione e quindi la vantaggiosità dell'offerta per i creditori.

Al pari, è applicabile *de plano* l'art. 118, co. 7, che, nelle ipotesi in cui il piano concordatario contempra la liquidazione di beni gravati da formalità pregiudizievoli, consente al tribunale, su richiesta del commissario, di emettere un decreto di cancellazione delle formalità iscritte, delegando ove opportuno al notaio rogante l'atto di trasferimento. Invero, benché la liquidazione sia realizzata dal debitore, essa avviene nell'ambito di una procedura concorsuale, di talché saranno applicabili i principi generali in materia di vendita *invito domino*, compresa la necessità di procedere alla purgazione dei beni. La mancata riproduzione della corrispondente disposizione dell'art. 13, co. 3, della legge n. 3/2012 nel nuovo art. 81 in tema di esecuzione del concordato minore si comprende pertanto alla luce della volontà del legislatore di regolamentare il nuovo istituto nei suoi tratti caratterizzanti per poi rinviare alla disciplina del concordato preventivo per le norme di dettaglio "in quanto compatibili", tra cui appunto si annovera l'art. 118, co. 7.

Si conferma, pertanto, quale maggiore innovazione portata dal vento riformatore, l'affermazione di un'unità di sistema del nuovo diritto concorsuale, di cui è espressione l'art. 74, co. 4, raccordando le procedure sia sul piano processuale che su quello sostanziale⁷⁶. In tal modo il Codice si propone di rimediare

⁷⁶ Del resto, anche con riferimento al rapporto tra l'accordo di composizione dei debiti di cui alla legge n. 3/2012 e il concordato preventivo della legge fallimentare, la Corte Costituzionale con la sentenza 29 novembre 2019 n. 245 in *CorteCostituzionale.it* ha osservato che «emerge con chiarezza come entrambe le procedure abbiano una base negoziale (giacché passano imprescindibilmente da una deliberazione di assenso, anche tacito, dei creditori) che non le pone, tuttavia, al di fuori dell'area delle procedure concorsuali: risultano, infatti, pervase dal principio della parità di trattamento dei creditori concorsuali; prevedono il blocco delle iniziative esecutive individuali in danno del patrimonio del proponente (ex art. 168, comma 1, della legge fallimentare e art. 10, comma 2, lettera c, della legge n. 3 del 2012); impongono, sin dall'ammissione e sino all'omologazione, un parziale spossessamento della capacità di disporre dei beni (art. 167 della legge fallimentare e art. 10, comma 3-bis, della legge n. 3 del 2012), nonché la cristallizzazione degli accessori (ex artt. 55, così come richiamato dall'art. 169, comma 1, della legge fallimentare e 9, comma 3-quater, della legge n. 3 del 2012); infine le procedure suddette risultano sottoposte alla verifica giurisdizionale, in sede di

alle gravi lacune normative finora caratterizzanti la disciplina sull'accordo di sovraindebitamento⁷⁷, priva di ogni coordinamento con la legge fallimentare e impermeabile all'interpretazione analogica atteso il carattere di *lex specialis* di entrambe le discipline⁷⁸, restituendo uno strumento di rinegoziazione/manutenzione del rapporto di chiara natura concordataria⁷⁹.

ammissione e di successiva omologa, dalla quale ultima promana la vincolatività della decisione per tutti i creditori, anche quelli contrari alla approvazione».

⁷⁷ Si vedano in proposito le osservazioni di FARINA, *Le procedure concorsuali di cui alla legge n. 3 del 2012 e la (limitata) compatibilità con la legge fallimentare. le problematiche della domanda e dell'automatic stay*, in *Dir. fall.*, 2017, p. 43; PADOVINI, *Indebitamento e sovraindebitamento, in Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi*. Atti del IX convegno nazionale S.I.S.Di.C., Napoli, 2015, p. 421; COSTA, *Profili problematici della disciplina della composizione delle crisi da sovraindebitamento*, in *Dir. fall.*, 2014, p. 664.

⁷⁸ In senso contrario si segnala Trib. Mantova, 29 maggio 2018 e Trib. Rovigo 13 dicembre 2016, entrambe in *IICaso.it*, secondo le quali «la legge n. 3/12 e succ. mod. ha introdotto istituti implicitamente ispirati a quelli della gestione della crisi e dell'insolvenza dell'imprenditore "fallibile" ai sensi dell'art. 1, co. 2 della legge fallimentare, con la conseguente necessità di usufruire dell'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale formatasi sulle norme della predetta legge, nell'intento di ricostruzione degli istituti della legge n. 3/12, pur sempre riconoscendone l'inapplicabilità diretta».

⁷⁹ Per un inquadramento della ristrutturazione dei debiti nell'ambito degli strumenti di rinegoziazione/manutenzione si vedano in particolare le riflessioni di PELLECCCHIA, *L'interesse del debitore alla ristrutturazione dei debiti*, in *Contr. e impr.*, 2015, p. 1136.