



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O

SAF • SCUOLA DI ALTA FORMAZIONE LUIGI MARTINO

Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma

nr. 43 • Commissione Gestione
Crisi di Impresa e
Procedure Concorsuali

a cura di
Giannicola Rocca

i quaderni



S.A.F. LUIGI MARTINO

Fondazione dei Dottori Commercialisti di Milano



Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma

nr. **43** • Commissione Gestione Crisi di Impresa e Procedure Concorsuali

a cura di
Giannicola Rocca

I Quaderni della Scuola di Alta Formazione

Comitato Istituzionale:

Diana Bracco, Vincenzo Delle Femmine, Marcello Fontanesi, Giuseppe Grechi, Nicola Mastropasqua, Lorenzo Ornaghi, Carlo Palumbo, Angelo Provasoli, Alessandro Solidoro, Guido Tabellini.

Comitato Scientifico:

Giancarlo Astegiano, Giuseppe Bernoni, Luigi Carbone, Pasquale Cormio, Franco Dalla Segna, Sergio Galimberti, Felice Martinelli, Guido Marzorati, Lorenzo Pozza, Patrizia Riva, Massimo Saita, Paola Saracino, Alessandro Solidoro.

Comitato Editoriale:

Claudio Badalotti, Aldo Camagni, Ciro D'Aries, Francesca Fieconi, Carlo Garbarino, Francesco Novelli, Patrizia Riva, Alessandro Solidoro, Gian Battista Stoppani, Alessandra Tami, Dario Velo, Cesare Zafarana.

Commissione Gestione Crisi d'impresa e Procedure Concorsuali:

Delegato del Consiglio: Roberta Zorloni.

Presidente della Commissione: Carlo Bianco.

Componenti: Andrea Acampora, Luca Marco Bizzozzero, Generoso Bonanno, Micaela Brunamonti, Fabio Cesare, Patrizia La Rocca, Vincenzo Agresti, Natascia Alesiani, Roberto Antonelli, Ignazio Arcuri, Gabriele Assanta, Simona Baldassarre, Giuseppe Balza, Davide Lorenzo Barosi, Paolo Felice Bazzana, Daniela Bergantino, Giorgio Betti, Renato Bissi, Gianantonio Bogoni, Beatrice Bompieri, Francesca Bonalumi, Donatella Beatrice Bonfatti, Lorella Borghetti, Gianluigi Brambilla, Federico Broglia, Gianluca Caimi, Angela Maria Campochiaro, Antonio Caravella, Anna Maria Carletti, Monica Carnio, Fausto Carsarano, Bernardo Casati, Vincenzo Cassaneti, Roberta Caviglia, Mario Claudio Cecchi, Mario Ciampi, Maria Rosaria Cipriano, Francesca Cochetti, Maria Concetta Colombo, Andrea Corti, Carmine Cozzolino, Francesco D'Alessandro, Stefano D'Amora, Maddalena Dal Moro, Enrico De Bono, Silvia De Furia, Corrado De Girolami, Vittorio De Luca, Luigi De Paola, Marco De Ruvo, Giacomo Antonio Maria Degrassi, Ernesto Del Bianco, Paolo Deo', Bernardo Draghetti, Maurizio Fabbri, Giuseppe Fedeli, Claudio Ferrario, Antonino Ficalora, Laura Filippi, Gabriella Fiordelisi, Davide Fortunato, Enrico Nestore Fregoni, Pierpaolo Giuseppe Galimi, Raffaele Gargiulo, Marco Gentile, Paolo Gerini, Tiziana Anna Ghiotto, Cecilia Giacomazzi, Michele Giovanardi, Paolo Giovanelli, Carlo Giraud, Umberto Giudici, Roberta Goldoni, Lorenzo Gorgoglione, Paola Maria Grossini, Alfredo Haupt, Stefano Inzoli, Giovanni La Croce, Gianluca La Rosa, Marziano Francesco Lavizzari, Piero Giuseppe Lini, Davide Maestroni, Antonella Magnani, Roberto Marchi, Roberto Marcianesi, Marco Martinella, Vincenzo Masciello, Raffaele Mattolini, Patrizia Meranda, Cesare Giuseppe Meroni, Erik Mira, Marco Misto', Mario Montevocchi, Diego Moscato, Claudia Motta, Sabrina Murri, Giovanni Napodano, Andrea Nappa, Enrico Nicolini, Letizia Cristina Nociti, Luca Giovanni Novarese, Francesco Novelli, Claudia Clementina Oddi, Carlo Pagliughi, Antonio Palumbo, Cristina Papa, Andrea Arrijo Panato, Paola Parisi, Claudio Pastori, Francesco Paolo Pati, Vincenzo Paturzo, Fabio Pettinato, Diego Pianca, Paolo Marco Piazzalunga, Giuseppina Pizzamiglio, Rosalba Pizzulo, Giuseppe Piscopo, Fulvio Pizzelli, Roberta Postiglione, Maurizio Carlo Prada, Paolo Oronzo Pulito, Giannicola Radoia, Andrea Rinaldi, Rossana Rizzo, Giovanni Nicola Rocca, Massimo Rodano, Gianluca Ronzio, Chiara Rossini, Giovanni Rovelli, Marco Rubino, Fabio Salina, Pietro Santoro, Dario Schlesinger, Carlotta Maria Cristina Sculco, Deborah Setola, Andrea Stefani, Aldo Stesuri, Massimo Talone, Renato Torsello, Cristina Tracanella, Luca Tracanella, Paolo Troiano, Daniele Ugo Giuseppe Tumietto, Adele Antonia Vasilotta, Federico Vigevani, Marco Vigna Taglianti, Italo Vitale, Giorgio Zanetti, Alberto Zappa.

Osservatori: Simona Brambilla, Valeria Cafarelli, Alberto De Bernardi, Giovanni Garbagnati, Roberto Guardi, Patrizia Riva, Tommaso Senni, Alessandro Sommariva, Marco Alfonso Terenghi, Massimo Tucci.

Direttore Responsabile:

Patrizia Riva

Segreteria:

Elena Cattaneo
corso Europa, 11 • 20122 Milano
tel: 02 77731121 • fax: 02 77731155

INDICE

1. Introduzione	7
2. La domanda: un caso pratico di concordato preventivo (<i>Silvia Scarantino, Giannicola Rocca</i>).....	9
2.1. Sintesi del caso	
2.2. La vicenda processuale	
2.3. La domanda di concordato preventivo	
2.4. Gli allegati alla domanda di concordato preventivo	
2.5. Il nuovo soddisfacimento proposto ai creditori	
2.6. Il piano a sostegno della proposta	
2.7. Conclusioni	
3. L'asseverazione <i>ex</i> Art. 161 l.f. (<i>Giannicola Rocca</i>).....	23
3.1. Premessa	
3.2. Tipologie di crisi	
3.3. Elementi di innovazione contenuti nella riforma	
4. Integrazioni e modificazioni nella domanda concordataria (<i>Daniele Tumietto</i>).....	29
4.1. Premessa	
4.2. Tempificazione della procedura	
4.3. Elementi di novità	
5. Il commissario giudiziale ed il ricorso <i>ex</i> Art. 173 l.f. (<i>Alberto De Bernardi</i>)	33
6. Concordato preventivo e operazioni straordinarie (<i>Patrizia Riva</i>).....	39

- 6.1. Le operazioni straordinarie che caratterizzano la “continuità indiretta” ex art.186 bis l.f.: conferimento, cessione e affitto d’azienda
- 6.2. Concordato preventivo e liquidazione alla luce dell’art. 182-*sexies* l.f.
- 6.3. Concordato preventivo e fusione
- 7. Il mandato di liquidazione dei beni ed i vincoli rispetto alla proposta concordataria
(*Giampiero Zingari*).....45
 - 7.1. Il mandato al liquidatore
 - 7.2. Limiti e vincoli ai poteri del liquidatore
- 8. Soddisfacimento dei creditori e risoluzione del concordato preventivo
(*Stefano Ambrosini*).....51
- 9. La transazione fiscale e previdenziale nel concordato preventivo: profili evolutivi dell’istituto
(*Andrea Corti*).....55
 - 9.1. Premessa
 - 9.2. Le origini dell’istituto e il “decreto salva Lazio”
 - 9.3. L’art. 182-*ter*: formulazione originaria
 - 9.4. L’art. 182-*ter*: modifiche apportate dal Decreto Correttivo D.Lgs. 12 sett. 2007, n. 169
 - 9.5. L’art. 182-*ter*: modifiche apportate dal D.Lgs. 29 novembre 2008, n. 185 convertito con modifiche dalla L. 2/2009
 - 9.6. L’art. 182-*ter*: post manovra correttiva 2010 (D.L. 31.5.2010, n. 78)
 - 9.7. Le ultime novità introdotte dal D.Lgs. 6.7.2011, n. 98
 - 9.8. I tributi oggetto di transazione
 - 9.9. Obbligatorietà o facoltatività del ricorso alla transazione fiscale
 - 9.10. Conclusioni
- 10. Il concordato preventivo in continuità
(*Carlo Bianco*).....77
 - 10.1. Premessa

10.2. Le ragioni economiche e quelle giuridiche del concordato in continuità	
10.3. La verifica economica della continuità aziendale	
10.4. Le fasi successive alla diagnosi	
10.5. Il concordato in continuità secondo la riformata legge fallimentare	
10.6. Conclusione e sintesi	
11. Profili fiscali del concordato preventivo <i>(Giampiero Guarnerio)</i>	85
11.1. Premessa	
11.2. Deducibilità perdita su crediti in capo ai creditori	
11.3. Trattamento riduzione debiti in capo al debitore (IRES/IRAP)	
11.4. Trattamento plusvalenze da cessione di beni in capo al debitore (IRES/IRAP)	
11.5. IVA, note di variazione	
11.6. Registro, tassazione decreto di omologazione	
12. Profili penali del nuovo concordato preventivo <i>(Gianluca Minniti)</i>	93
12.1. La responsabilità dell'attestatore prima del "decreto sviluppo"	
12.2. La fattispecie in generale	
12.3. Il concetto di "informazione"	
12.4. La condotta omissiva ed i limiti della "rilevanza"	
12.5. L'elemento soggettivo	
12.6. La figura dell'attestatore "di fatto"	

6. CONCORDATO PREVENTIVO E OPERAZIONI STRAORDINARIE^(*)

6.1. Le operazioni straordinarie che caratterizzano la “continuità indiretta” ex art.186 bis lf: conferimento, cessione e affitto d’azienda.

La nozione di concordato preventivo in continuità, introdotta dal legislatore con il decreto sviluppo è più ampia rispetto a quella comunemente invalsa nella prassi. Con l’introduzione dell’art. 186 bis lf infatti sia il cosiddetto “concordato di ristrutturazione” o con “continuità diretta”, sia il “concordato con cessione” o con “continuità indiretta” vengono fatte rientrare a pieno titolo nella categoria del concordato con continuità aziendale che, a questo punto, comprende tutti i concordati in cui l’attività prosegue in qualunque modo, o in capo allo stesso imprenditore o in capo a terzi. In particolare l’art. 186 bis lf richiama esplicitamente oltre alla cessione d’azienda, anche il conferimento dell’azienda in una o più società, anche di nuova costituzione. Inoltre è previsto che rientrino in questa definizione anche i concordati preventivi “misti” nei quali al proseguimento dell’attività mediante la continuazione di uno o più rami di azienda si affianca la liquidazione atomistica delle residue attività d’impresa. *De residuo*, quindi, si definiscono ora concordati liquidatori tutti quelli in cui non sarà possibile prevedere altro che la liquidazione dei singoli beni senza alcuna valorizzazione sistemica di tutti o di parte degli stessi. La riqualificazione operata dalle nuove previsioni normative permette di “ripopolare” la categoria logica del concordato in continuità. L’obiettivo è raggiunto, non tanto in funzione di un più proficuo utilizzo dell’istituto del “concordato di ristrutturazione”, ma pare a chi scrive, mediante la trasmigrazione di un cospicuo numero di

^(*) A cura di Patrizia Riva, Professore aggregato Università del Piemonte Orientale, Ph.D. Bocconi, Responsabile SAF Scuola di Alta Formazione dei dottori commercialisti e degli esperti contabili di Milano, Dottore Commercialista, Revisore legale.

procedure da una categoria all'altra grazie alla riqualificazione delle fattispecie più comuni della cessione a terzi. Il nuovo criterio sulla base del quale è impostata la discriminazione tra fattispecie in continuità e fattispecie liquidatorie è, più correttamente rispetto al passato, di natura squisitamente economico aziendale. Ancora una volta il legislatore quindi riconferma la centralità del concetto di azienda come sistema complesso in grado di creare ricchezza e pertanto degno di specifica attenzione e di particolare tutela.

Poiché l'art. 186 bis riconduce alla categoria dei concordati in continuità che prevedono la cessione anche il conferimento d'azienda, pare opportuno richiamare brevemente i tratti essenziali dell'operazione distinguendola dalla cessione d'azienda e dalla scissione. Nella cessione d'azienda la contropartita del trasferimento dell'azienda o del ramo di azienda è il pagamento di un prezzo, nel conferimento d'azienda invece un soggetto, denominato conferente, trasferisce un'azienda oppure un ramo aziendale dotato di autonoma capacità di reddito ad un altro soggetto, denominato conferitario, avendone in contropartita una partecipazione in quest'ultimo. Poiché con l'operazione si vengono a istituire rapporti di partecipazione tra conferente e conferitaria, in quanto contropartita del conferimento dell'azienda è l'attribuzione di una partecipazione al capitale della società conferitaria, ne deriva che conseguenza diretta dell'operazione è, nelle situazioni ordinarie, la formazione di gruppi aziendali. Più in particolare, la costituzione di un gruppo viene ottenuta tramite l'aggregazione di più aziende, nel caso dell'apporto per concentrazione, oppure tramite l'enucleazione delle medesime, nel caso di scorporo. Le operazioni di conferimento possono, però, essere deliberate, e sarà questo il caso cui si farà ricorso nei concordati preventivi, anche al fine di mettere in atto sostanziali cessioni di rami d'azienda; in pratica una volta ottenuta la partecipazione nella conferitaria, la società conferente procederà alla cessione della partecipazione medesima.

Conviene per completezza ricordare sinteticamente la differenza esistenti tra operazioni di conferimento e operazioni di scissione, correttamente *non* richiamata dalla normativa fallimentare in quanto incoerente per le sue caratteristiche istituzionali con l'obiettivo principe del concordato preventivo della soddisfazione dei creditori. L'operazione è, in situazione ordinaria, per alcuni aspetti simile all'operazione di conferimento in quanto anche essa può permettere di raggiungere tanto obiettivi di decentramento, quanto obiettivi di concentrazione. La scissione consiste nel frazionamento totale o parziale di una società,

denominata scissa, in due o più parti destinate a confluire in società preesistenti o neocostituite. La società che riceve l'azienda o il ramo d'azienda scisso, denominata beneficiaria, però, aumenta il capitale sociale assegnando le corrispondenti azioni o quote *ai soci* della società scissa. La trasferente, dal canto suo, riduce il proprio capitale sociale per un ammontare proporzionalmente corrispondente al valore contabile dell'azienda trasferita. Anche nel caso del conferimento la conferente trasferisce l'azienda o il ramo di azienda alla conferitaria, che aumenta il capitale sociale, ma le azioni o quote emesse da quest'ultima sono assegnate direttamente alla conferente. L'operazione comporta cioè – nel conferimento e non nella scissione – la sostituzione nel patrimonio della conferente di un insieme di beni di primo grado – l'azienda – con un bene di secondo grado – la partecipazione nella conferitaria.

La cessione e, nell'attuale contesto, il conferimento possono essere preceduti da un periodo più o meno lungo di affitto d'azienda⁽¹⁹⁾. Quest'ultimo configura, dal punto di vista sia giuridico sia economico aziendale, una operazione con la quale il controllo – in termini di potere di gestione e di diritto agli utili di un'azienda – è affidato temporaneamente e nel rispetto di determinate condizioni tecnico organizzative e gestionali, ad un soggetto diverso dal proprietario ricevendone in contropartita un canone. L'operazione ha carattere straordinario e ad essa si ricorre nell'ambito del concordato preventivo in continuità nelle situazioni in cui è necessario, per salvaguardare il valore aziendale, trasferire in tempi brevi, la gestione dal soggetto che presenta una situazione patologica ad un soggetto terzo. È solo il caso di ricordare che la validità dello strumento ha avuto formale riconoscimento in quanto sono state introdotte specifiche previsioni normative con riferimento all'istituto nell'ambito della legge fallimentare. Queste hanno qualificato il medesimo come una opzione utile che nel fallimento il curatore deve considerare e valutare necessariamente ai fini della individuazione della strada migliore da seguire per la liquidazione dell'attivo. In particolare con l'art. 104 bis l.f. rubricato appunto “affitto di azienda o di rami d'azienda” sono stati regolamentati i criteri di scelta dell'affittuario, le forme obbligatorie di tutela del patrimonio fallimentare, la durata, l'eventuale diritto di prelazione a favore dell'affittuario e gli effetti della retrocessione

⁽¹⁹⁾ Per approfondimenti si rinvia a Riva P., “Affitto d'azienda e crisi”, in “L'affitto d'azienda. Profili giuridici, economico-aziendali e contabili. Il suo utilizzo nelle crisi d'impresa”, Bavagnoli F., De Tilla C., Ferraro N., Riva P., Egea, 2011.

alla procedura. In caso di concordato il contratto è concluso direttamente dall'azienda ed è disegnato dalla medesima con le proprie controparti in modo autonomo con riferimento alla regolamentazione generale dell'istituto. La norma, infatti, non richiama né in tutto né in parte l'art. 104 bis l.f. che resta previsione specifica del contesto fallimentare. In linea teorica quindi l'azienda potrebbe proporre nell'ambito del proprio piano soluzioni contrattuali che non rispettano i criteri codificati in quella sede⁽²⁰⁾. In realtà però il legislatore ha previsto più livelli di verifica della bontà del piano concordatario e di conseguenza anche del contratto di affitto che ne è parte⁽²¹⁾. Il rispetto di parametri di ragionevolezza è quindi garantito, non da una previsione normativa specifica in tema di affitto, bensì dall'intervento dei due professionisti indipendenti – l'attestatore prima e il commissario giudiziale poi - nelle due fasi – rispettivamente pre e post ammissione – a garanzia della massa dei creditori.

6.2. Concordato preventivo e liquidazione alla luce dell'art. 182-sexies l.f.

In estrema sintesi va ricordato che secondo il codice civile, allorquando per effetto di perdite il capitale sociale si sia ridotto di almeno un terzo, gli

⁽²⁰⁾ L'art. 104-bis l.f. individua i criteri che il curatore deve considerare per scegliere l'affittuario. Egli non si deve limitare a valutare il miglior realizzo economico per la procedura e quindi non deve considerare solamente il canone, che pur dovrà essere congruo in base alla citata stima, ma deve basare la sua scelta sulla valutazione di un complesso di quattro elementi: il canone, le garanzie prestate, l'attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali, la conservazione dei livelli occupazionali. Ciò abilita il curatore a scegliere il contraente che, pur non offrendo il corrispettivo più alto, comparativamente assicura un beneficio maggiore ai creditori e alla collettività, tramite la prosecuzione dell'attività lavorativa ed il mantenimento in forza di un certo numero di lavoratori dipendenti.

⁽²¹⁾ In primo luogo vi è il vaglio dell'attestatore che è chiamato dall'art. 161 l.f. ad analizzare la ragionevolezza del piano e quindi è senz'altro tenuto alla valutazione delle operazioni in esso programmate, compreso un eventuale contratto di affitto di azienda. In secondo luogo vi è l'esame svolto dal commissario giudiziale nominato dal Tribunale che deve valutare la bontà del contratto nell'ambito della relazione ex art. 172 l.f. esprimendosi sulla proposta di concordato e sulle garanzie offerte dai creditori. Infine vi è l'espressione di un proprio giudizio informato sul piano da parte dei creditori defalcati, mediante il voto, sulla proposta concordataria e quindi, ove previsto, anche sul contratto che è strumento operativo per porre in essere la proposta stessa.

⁽²²⁾ Il presente paragrafo è stato scritto con la collaborazione di Fabio Cesare, Avvocato in Milano, Dottore di ricerca in Diritto Comparato.

amministratori devono convocare senza indugio l'assemblea per gli opportuni provvedimenti (artt. 2446 e 2482-*bis* c.c.). Qualora le perdite abbiano ridotto il capitale sociale al di sotto del minimo legale, i soci possono coprire le perdite e ricapitalizzare ovvero lasciare che la società si sciolga (salva la possibilità di deliberare la trasformazione). Già in precedenza, la dottrina riconosceva che la disciplina del concordato preventivo dovesse derogare alle citate disposizioni⁽²³⁾, talora prospettando che il divieto di proseguire l'attività di impresa con un capitale sociale eroso fosse sospeso durante il corso della procedura, poiché esso sarebbe stato reintegrato per effetto della falciatura concordataria conseguente l'omologa.

Il decreto sviluppo ha espressamente sancito che, in caso di continuità di impresa, le disposizioni in tema di riduzione del capitale sociale per perdite non trovano applicazione, sicché può dirsi legittima la prosecuzione dell'impresa in concordato con patrimonio netto negativo. Da una lettura preliminare della norma (e delle altre disposizioni che accentuano la tutela del debitore) non si può non riflettere sull'incremento dell'alea gravante sui creditori. Seppure prima dell'introduzione del decreto sviluppo fosse riconosciuta l'esistenza di una eventualità di inadempimento della proposta⁽²⁴⁾, la piena legittimazione della prosecuzione del rischio di impresa durante la procedura e nella sua fase esecutiva non può che ampliare la misura del rischio riversata sui creditori per effetto del ricorso al concordato in continuità. Tant'è che in qualche misura il debitore in concordato può utilizzare le risorse dei creditori per proseguire l'attività: la garanzia patrimoniale del debitore risulta infatti affievolita dalla possibilità che vengano compiuti atti non conservativi, anche, allorquando il capitale sociale risulti eroso al di sotto del minimo di legge, come espressamente previsto dal richiamato art. 182-*quinquies* l.f. Infatti, a mente della citata disposizione, dalla presentazione della domanda di concordato in bianco sino all'omologazione non si applicano gli artt. 2446, commi 2, 3, 4, 2447, 2482-*bis*, commi 4, 5, 6 e 2482-*ter* c.c.

⁽²³⁾ Nobili- Spolidoro, *La riduzione di capitale*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 6*, Torino, 1993, 202 ss.;

⁽²⁴⁾ Cfr ad esempio Tribunale di Fermo, 24 novembre 2009 – In www.ilcaso.it, Tribunale di Milano, 21 gennaio 2010, In www.ilcaso.it, ove si afferma il principio che l'eventuale attribuzione di beni ai creditori nelle forme della *datio in solutum*, fa presupporre in capo ai creditori l'assunzione di un rischio circa la valorizzazione dei beni assegnati con l'esecuzione del concordato.

Correlativamente, per lo stesso periodo non trovano applicazione le cause di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli artt. 2484 n. 4 e 2545-*duodecies* c.c.⁽²⁵⁾.

Il legislatore è parso consapevole che un simile rischio di impresa in capo ai creditori possa concretizzarsi in un evidente pregiudizio. Tant'è che ha correttamente previsto che, ove durante la procedura l'attività di impresa risulti *manifestamente* dannosa ovvero cessi del tutto, il commissario giudiziale dovrà chiedere la revoca del concordato ex art. 173 l.f. In tal caso, è sempre possibile modificare la proposta (si deve ritenere arrestando in tal modo il procedimento di revoca), se del caso provvedendo ad una nuova attestazione del piano, come espressamente consentito dall'art. 161 terzo comma ultima linea l.f. Come a dire che se l'obiettivo primario è la conservazione dell'impresa, non ogni possibile deviazione dal piano originariamente prefissato impone l'arresto della procedura. Solo la verifica di circostanze che rendano *ictu oculi* (manifestamente) lesiva la coltivazione della proposta imporranno la revisione del concordato e se del caso l'applicazione dell'istituto di cui all'art. 173 l.f.⁽²⁶⁾. Ove diversamente si configuri la mera possibilità che la continuazione dell'impresa possa comportare un beneficio prospettico, pur con ogni ragionevole dubbio dovuto alla prosecuzione del rischio di impresa, forse è lecito attendersi che la procedura possa e debba proseguire, poiché non ricorre il grado di certezza richiesto dal legislatore quale presupposto per l'arresto della procedura.

⁽²⁵⁾ Sul tema del concordato in continuità diretta e la continuazione dell'attività di impresa in patrimonio netto negativo si veda: Quatraro, D'Amora, Israel, Quatraro G., *Trattato teorico-pratico delle operazioni su capitale*, II. Ed., Milano, 2001, p. 788; Macchia M., *Delibera di ricapitalizzazione delle società dopo l'omologa del concordato preventivo con cessione dei beni*, in Fall., 1/1991, pp. 173; Enriques, Macey, *Raccolta di capitale di rischio e tutela dei creditori: una critica radicale alle regole europee sul capitale sociale*, in Riv. Soc., 2002, 78; Denozza, *A che serve il capitale?*, in Giur. Comm., 2002, I, 585; Miola, *Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali*, in Riv. Soc., 2005, 1199. Sul nuovo art. 182-*sexies* l.f. rinvio a D'Attorre, *I limiti alla disciplina societaria sulla perdita del capitale*, in il Fallimentarista, 2012.

⁽²⁶⁾ Non è questa la sede per approfondire l'impatto sistematico di un simile ampliamento dell'alea sui creditori nel concordato preventivo in continuità, ma sia consentito almeno una domanda sotto il profilo sistematico: laddove si ritenga che il concordato preventivo in continuità presenti una componente aleatoria, quali sono i riflessi in tema di inadempimento della proposta? Se infatti si dovessero verificare eventi imprevedibili successivi all'omologa e riferibili al rischio di impresa assunto dai creditori, è comunque possibile proporre il ricorso ex art. 186 l.f. posto che i contratti aleatori non possono essere passibili di risoluzione?

6.3. Concordato preventivo e fusione.

Si affronta ora il tema complesso della compatibilità tra concordato preventivo e fusione.

Potrebbe esserci una società terza interessata ad assorbire la società in crisi e il piano potrebbe prevedere l'incorporazione della società in crisi da parte di un'altra società adeguatamente patrimonializzata e solvibile. In quest'ultima ipotesi la società terza interessata ad assorbire quella in crisi potrebbe limitarsi ad acquisirne, in una prima fase, la partecipazione di controllo, rinviando la fusione a un momento successivo all'omologazione del concordato e al rientro *in bonis* della società fallita o al superamento della crisi, in caso di concordato preventivo; nulla osta, però alla proposizione *ab initio* di un concordato mediante fusione, che potrebbe presentare diversi vantaggi negoziali per l'incorporante⁽²⁷⁾.

Quando il concordato preventivo è l'opzione scelta per il risanamento non di una singola società, ma di un gruppo aziendale il piano può delineare una fusione per incorporazione della controllata nella casa madre. In questo caso può configurarsi una situazione in cui entrambe le società presentino patrimonio netto negativo e si trovino in liquidazione. Nel caso prospettato le società sono entrambe in liquidazione e la presentazione del piano concordatario rappresenta il mezzo individuato dalle società per la composizione concorsuale delle situazioni debitorie e per il conseguente azzeramento degli squilibri patrimoniali. In altri termini l'esistenza del piano concordatario e l'approvazione dello stesso rappresentano il presupposto per la attuazione della fusione stessa. In dottrina la legittimità di una operazione come quella delineata è dibattuta e sono in merito rinvenibili due scuole di pensiero. Si legge nel "Quesito n. 151-2011/I del Notariato" che: "Nel caso in cui le perdite della società partecipante alla fusione siano compensate dalle riserve di altre società coinvolte da tale operazione, la fusione è consentita anche nelle ipotesi disciplinate dall'art. 2447 c.c.; la società in perdita si troverà in stato di liquidazione, ma ove non abbia iniziato la distribuzione dell'attivo, potrà partecipare alla fusione ai sensi dell'art. 2501, secondo comma, c.c.. Maggiori dubbi sorgono nel caso in cui le perdite di una o più società partecipanti alla fusione non siano compensate dalle riserve delle altre: qualora si proceda ad una fusione in senso stretto prevale la tesi che

⁽²⁷⁾ Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 77-2007/I, "Concordati giudiziali e operazioni societarie di "riorganizzazione", pag. 40.

esclude la legittimità dell'operazione in quanto la società che si costituisce per effetto della fusione non potrebbe presentare un capitale già inciso da perdite. Se, invece, la fusione avviene per incorporazione, alla tesi che ne esclude comunque la legittimità si contrappone quella, più permissiva, che ammette l'operazione in esame salva la necessità per la società incorporante di provvedere alla copertura delle perdite con i tempi e le modalità previsti dagli artt. 2446-2447 c.c. Analogamente, (i sostenitori di questa tesi) ammettono espressamente la fusione in presenza di perdite ex art. 2447 e 2482-ter c.c., ma presupponendo lo stato di liquidazione della società⁽²⁸⁾”.

Si individua in questo caso una specifica criticità con riferimento alla collocazione temporale dell'efficacia dell'operazione di fusione. In coerenza con autorevoli studi del Consiglio Nazionale del Notariato⁽²⁹⁾ e

⁽²⁸⁾ In questo senso si esprimono: Civerra, *Le operazioni di fusione e scissione*, Milano, 2003, pag. 24; Magliulo, *La fusione delle società*, Milano, 2009, pag. 124.

⁽²⁹⁾ Ci si riferisce allo Studio n. 77/2007/I “Concordati giudiziali e operazioni societarie di riorganizzazione” del Consiglio Nazionale del Notariato (scaricabile all'indirizzo <http://www.notariato.it/it/primo-piano/studi-materiali/studi-materiali/riforma-diritto-fallimentare.html>) in base al quale: “A prescindere dall'aspetto informativo, appare evidente l'opportunità che il “rapporto di servizio” che lega la fusione all'attuazione del concordato venga suggellato formalmente mediante il ricorso al meccanismo condizionale. (...) nulla impedisce di rinviare alla fase esecutiva del concordato, dopo l'omologazione (se del caso definitiva), l'adozione delle delibere societarie richieste per attuare la fusione, limitandosi ad assegnare alla proposta concordataria, sul punto, valore meramente programmatico. La soluzione, per quanto legittima, potrebbe risultare tuttavia meno convincente per i creditori concorsuali e per gli organi della procedura, in quanto soffrirebbe dell'incertezza del procedimento assembleare per via della difficoltà di raggiungere la maggioranza qualificata prevista spesso dagli statuti per le operazioni straordinarie, a prescindere dalla competenza degli amministratori sulla proposta di concordato. Pertanto (...) risulta preferibile che il procedimento di fusione venga avviato già all'inizio o nel corso della procedura concorsuale e che il suo esito finale sia condizionato sospensivamente all'omologazione (verosimilmente definitiva) del concordato. Le vie astrattamente percorribili sono due. (...) Si può immaginare di condurre il procedimento di fusione fino all'ultimo atto della sequenza, cioè fino alla stipula dell'atto di fusione; nel qual caso, la condizione dovrebbe essere apposta all'atto stesso di fusione. (...). La soluzione alternativa potrebbe consistere nell'apposizione della condizione sospensiva alla delibera assembleare di approvazione del progetto”. Il documento prosegue evidenziando le criticità di un atto di fusione condizionato e conclude che meglio sarebbe la seconda soluzione in quanto “adottando tale soluzione, si dovrebbe procedere alla stipula dell'atto di fusione soltanto a concordato definitivamente omologato e precisamente in sede di esecuzione del concordato medesimo, così da minimizzare il rischio di incertezze e sopravvenienze, sul piano dei rapporti fra procedura concorsuale

del Consiglio Notarile di Milano⁽³⁰⁾, potrebbe infatti essere considerato necessario attendere l'omologazione del concordato per poter stipulare l'atto di fusione, ovvero subordinare gli effetti civilistici dello stesso alla prima. È necessario riflettere sul rapporto esistente tra le varie forme di tutela dei creditori sociali concorrenti e concomitanti nella fattispecie in esame:

- a. in primo luogo i creditori hanno l'opportunità di opporsi individualmente ex art. 2503 c.c. alla fusione nei sessanta giorni successivi all'ultima delle pubblicazioni della delibera di fusione ex art. 2502-*bis* c.c.;
- b. quindi i creditori approvano a maggioranza il concordato a norma dell'art. 177 l.f.;
- c. infine i creditori possono opporsi individualmente all'omologa del concordato costituendosi nei dieci giorni precedenti l'udienza ex art. 180 l.f.

È stato sostenuto in dottrina che il diritto individuale di opposizione alla fusione potrebbe venire meno quando l'operazione ha luogo

e operazione straordinaria. Naturalmente, in tale caso, la mancata stipulazione per qualsivoglia motivo della fusione, con la conseguente mancata assunzione, ex art. 2504 *bis*, c 1 c.c., dei debiti concordatari da parte della società incorporante ovvero risultante dalla fusione, integrerebbe un'ipotesi di risoluzione del concordato, senza peraltro determinare ripercussioni organizzative di sorta, data la conservazione dell'assetto societario preesistente", cit, p. 42 e ss.. Nello stesso senso Magliulo F. "La fusione delle società", Ipsa, 2009, pag. 112.

⁽³⁰⁾ Ci si riferisce alla XVII Massima del Consiglio Notarile di Milano, "Delibera di fusione e di scissione subordinate all'esistenza di determinati presupposti", del 9 ottobre 2002 (scaricabile all'indirizzo http://henry.simplythebest.it/wordpress/wp-content/uploads/2011/11/2011-milano_complete.html). In particolare, quest'ultima stabilisce, in merito alle deliberazioni assembleari di fusione (e di scissione) la cui attuazione sia subordinata al verificarsi di specifici eventi, che: "... in relazione al pericolo che il presupposto carente al momento della delibera, ove sia un elemento soggetto a controllo di legalità, possa sfuggire a tale controllo, dovendo il notaio richiedere l'iscrizione della deliberazione nel registro delle imprese già prima del verificarsi dell'evento, occorre precisare che: il problema non sussiste in radice per quegli eventi che a loro volta consistono in atti soggetti al controllo di legalità da parte dello stesso o di altro notaio (es. deliberazioni di assemblee straordinarie e/o atti di fusione o scissione); - nei casi in cui l'evento non si concretizzi in atti di per sé soggetti a controllo di legalità (es. acquisto della totalità delle azioni della incorporanda), questi ultimi saranno pur sempre soggetti al controllo che effettuerà il notaio incaricato della stipulazione dell'atto di fusione o scissione, poiché ne condizionano la ricevibilità e, con essa, la produzione di quell'effetto finale perseguito che - si ripete - le deliberazioni assembleari non sono in grado di realizzare direttamente", cit. pag. 2. Nello stesso senso Magliulo F. "La fusione delle società", Ipsa, 2009, pag. 112.

nell'ambito di un piano concordatario (preventivo o fallimentare)⁽³¹⁾. Il Consiglio Nazionale del Notariato evidenzia infatti che: “la necessità di un coordinamento fra la disciplina legale della fusione e le regole in tema di approvazione della proposta di concordato emerge con evidenza anche rispetto all'istituto della opposizione dei creditori previsto nell'art. 2503 c.c.. Infatti a norma dell'art. 128 l.f., la proposta di concordato fallimentare è approvata se riporta il voto favorevole dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto (...) e le stesse regole valgono in caso di concordato preventivo, secondo l'art. 177 l.f.. I creditori dissenzienti (o anche pretermessi) devono quindi soggiacere alla decisione della maggioranza, salvo il loro diritto di opposizione all'omologazione del concordato (art. 129 e 180 l.f.). È evidente perciò che, qualora la fusione sia contemplata come modalità attuativa di una proposta di concordato approvata dai creditori ed omologata, il riconoscimento di un diritto individuale di opposizione ex art. 2503 c.c. finirebbe per frustrare la scelta legislativa di subordinare le soluzioni negoziate della crisi alla volontà della

⁽³¹⁾ Sempre lo studio n. 77/2007/I “Concordati giudiziali e operazioni societarie di riorganizzazione” del Consiglio Nazionale del Notariato, pag. 46. Ancora si è sostenuto in dottrina – con riferimento alla fattispecie del concordato fallimentare – che ai creditori concorsuali “viene disconosciuto il diritto di opposizione alla fusione previsto dall'art. 2503 c.c.. Si ritiene infatti che tale rimedio si ponga in contrasto con l'art. 128 l.f., il quale subordina l'accettazione del concordato alla maggioranza dei creditori e non già all'unanimità di essi. Più precisamente, si sostiene che laddove il diritto di opposizione ex art. 2503 venisse ritenuto invocabile anche dai creditori concorsuali, ne risulterebbe svilita la previsione contenuta nell'art. 128 l.f., in quanto, nonostante l'eventuale voto favorevole della maggioranza, i singoli creditori potrebbero in ogni caso opporsi alla fusione. In definitiva l'unico rimedio che i creditori concorsuali possono invocare contro le decisioni della loro stessa maggioranza sembra essere quello endo-concorsuale dell'opposizione all'omologa del concordato ex art. 129 l.f.”. Così Di Sarli M., “Riflessioni sulla fusione di società soggette a procedura concorsuale”, in “Scritti giuridici per Piergaetano Marchetti”, Egea, 2011, pag. 227. Nello stesso senso Magliulo F.: “Maggiori problemi di coordinamento sussistono in relazione all'opposizione dei creditori di cui all'art. 2503 c.c.. Le norme della legge fallimentare (art. 128 e 177 l.f.) infatti sottopongono l'approvazione del concordato al voto maggioritario dei creditori e dunque esse necessariamente escludono che il singolo creditore detenga un potere di opposizione individuale. I diritti individuali dei singoli creditori, invero, si esauriscono in strumenti di impugnativa o di interlocuzione endoprocedurali interni alla procedura concordataria (129 e 180 l.f.). Tale circostanza rende assolutamente incongruo il riconoscimento ai creditori della società soggetta alla procedura concorsuale del potere di opposizione individuale di cui all'art. 2503 c.c., laddove la fusione costituisca uno strumento di attuazione del concordato”. Così Magliulo, “La fusione delle società”, Ipsoa, 2009, pag. 114 e ss.

maggioranza dei creditori, sotto il controllo di legittimità da parte del Tribunale competente. Per superare tale difficoltà, si dovrebbe predicare, quindi, il disconoscimento del diritto individuale di opposizione in capo ai creditori della società proponente il concordato preventivo o fallimentare mediante fusione, affidando ogni loro tutela al rimedio endo-concorsuale dell'opposizione all'omologa, in quanto assorbente ogni altra tutela”.

Potrebbe in ogni caso essere rilevante strutturare l'operazione da un punto di vista temporale in modo tale che la delibera di fusione intercorra prima della presentazione dell'istanza di ammissione al concordato, e la pubblicazione della stessa sia effettuata ai sensi dell'art. 2502-*bis* nei giorni successivi, così che al momento della adunanza dei creditori - e quindi a maggior ragione nel momento successivo a questa di verifica della sussistenza delle maggioranze - i sessanta giorni per l'opposizione ex art. 2503 c.c. siano già decorsi. In questo caso la scansione temporale degli eventi permetterebbe di tenere distinte le eventuali opposizioni alla fusione dalle eventuali opposizioni all'omologa del concordato. Il non esercizio del diritto individuale di opposizione alla delibera di fusione ex art. 2503 c.c. potrebbe essere considerato, stante la sua definitività, elemento rilevante di valutazione in caso di presentazione di successive opposizioni all'omologa del concordato fondate su indicazioni di criticità relative alla fusione tra le procedure e proposte da soggetti non opposti nei termini di legge alla attuazione della medesima fusione.

Vale infine la pena di svolgere un ulteriore approfondimento in merito alla opposizione ex art. 2503 c.c. Sarebbe in linea teorica possibile a norma del c. 1 dell'art. 2503 c.c. per le società partecipanti alla fusione eliminare la potenziale opposizione dei creditori - salvo che non ci sia il consenso scritto all'operazione - con due strumenti ossia con il pagamento dei crediti per l'intera somma e con il deposito delle somme corrispondenti presso un istituto di credito. Ad evidenza questa parte della normativa non risulta applicabile *tout court* alla fattispecie in esame non essendo i citati pagamenti possibili a valere sugli attivi concordatari. Questi ultimi rappresentano, per definizione e proprio in forza dell'auspicata ammissione alla procedura, dei “patrimoni destinati” alla soddisfazione dell'intera massa dei creditori in coerenza con quanto indicato in proposta. Pare a chi scrive, pertanto, scontato che non sarebbe lecito tacitare - mediante pagamenti a valere sulle risorse delle aziende proponenti - gli eventuali oppositori alla fusione. Ciò varrebbe probabilmente anche nel caso in cui gli oppositori fossero soggetti aventi diritto al privilegio, in quanto in ogni caso sarebbe ad essi riservato un

trattamento preferenziale quantomeno con riferimento alla tempistica dei pagamenti. La società non prevede infatti nel proprio piano nessun intervento di tale sorta.

finito di stampare
nel mese di ottobre 2012