

LA RIORGANIZZAZIONE D'IMPRESA IN FUNZIONE DELL'ESECUZIONE DEL CONCORDATO PREVENTIVO

di

Valeria Manzo

(Università degli Studi di Napoli "Parthenope")

SOMMARIO: I. *Il concordato preventivo: differenze dal concordato fallimentare e fasi procedurali*; II. *La riorganizzazione societaria nell'ambito del procedimento di concordato*; III. *La trasformazione concordataria*; IV. *La fusione concordataria*; V. *La scissione concordataria*; VI. *Efficacia ed esecuzione delle delibere collegate.*

I. IL CONCORDATO PREVENTIVO: DIFFERENZE DAL CONCORDATO FALLIMENTARE E FASI PROCEDURALI.

Per lungo tempo la crisi aziendale è stata concepita alla stregua di un evento negativo, patologico ed eccezionale dal quale le imprese difficilmente fossero in grado di risollevarsi.

E' proprio per siffatta ragione che il legislatore del '42 imperniò la disciplina delle procedure concorsuali sulla liquidazione del patrimonio e sull'intervento autoritativo degli organi della procedura.

In numerose situazioni la procedura di concordato preventivo ha rappresentato lo strumento ideale per prevenire le conseguenze dell'insolvenza, consentendo al debitore di accordarsi con i creditori circa l'entità e le modalità di soddisfazione delle loro pretese, anche attraverso un riassetto societario volto a ripianare gli eventuali disequilibri

nell'organizzazione interna e, eventualmente, snellire i meccanismi di funzionamento dell'apparato organizzativo.

Negli ultimi anni il Regio decreto n. 267 del 1942 è stato oggetto di rilevanti ed innovative modifiche legislative volte a concretizzare una “privatizzazione” dell’insolvenza ed una piena tutela dei diritti dei terzi coinvolti nel fallimento¹.

La riforma della Legge Fallimentare seppur portando ad un’organica regolamentazione della crisi e dell’insolvenza societaria ha, tuttavia, perpetuato una lacuna della legislazione concorsuale da tempo criticata dalla più attenta dottrina².

Difatti, pur imperniando le procedure concorsuali sull’autonomia privata e mutando l’obiettivo del diritto concorsuale dalla punizione dell’imprenditore insolvente alla soddisfazione dei creditori coinvolti nella crisi, si è, in concreto, incentivata la prosecuzione dell’impresa adottandosi un concetto di crisi concepito non più in termini necessariamente negativi, bensì come possibile occasione di crescita e riequilibrio dell’azienda rispetto alle condizioni esterne.

La Legge Fallimentare nella sua formulazione originaria se da un lato sottolineava la funzione conservativa dell’impresa ad opera del concordato preventivo, dall’altro, a dimostrazione della neutralità dell’istituto rispetto alla finalità del salvataggio dell’impresa in crisi, consentiva che al concordato si potesse accedere anche in caso di cessazione dell’impresa³.

¹ G. CHERUBINI - M. DI TERLIZZI, *La nuova legge fallimentare dal D.Lgs 5/2006 al Decreto Correttivo 169/2007*, Milano, 2007, VIII.

² G. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in *Trattato delle s.p.a.*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, IX, 2, Torino, 1993, 209 e ss.; dopo la riforma vedasi G.B. PORTALE, *La legge fallimentare rinnovata: note introduttive*, in *Banca, borsa*, 2007, I, 368 e ss.; M. RESCIGNO, *Rapporti e interferenze fra riforma societaria e fallimentare*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio, Bologna, 2007, II, 2120 e ss.; F. GUERRERA, *Commento all’art. 152 l. fall.*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio, Bologna, 2007, II, 2202 e ss.; G. NIGRO, *Diritto societario e procedure concorsuali*, in “Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. Campobasso”, diretto da Abbadessa e Portale, I, Torino, 2006, 175 e ss.; L. STANGHELLINI, *Commento all’art. 124 l. fall.*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio, Bologna, 2007, II, 1946 e ss.

³ P. F. CENSONI, *Il concordato preventivo e la prospettiva della ricollocazione del patrimonio dell’impresa in crisi*, in *Dir. fall.*, 2008, I, 853.

L'operazione di concordato preventivo veniva vista, infatti, alla stregua di un beneficio, contraddistinto dai tratti caratterizzanti che qui di seguito si riportano, che poteva essere concesso soltanto al debitore “onesto, ma sfortunato”⁴.

Per l'ammissione alla procedura erano richiesti determinati requisiti, sia personali che patrimoniali; l'amministrazione dei beni nel corso della procedura spettava al debitore, sotto la vigilanza del commissario giudiziale e la direzione del giudice delegato; il debitore doveva versare in anticipo l'intero importo delle spese di procedura; il concordato era approvato se riportava la doppia maggioranza, calcolata per numero (creditori votanti) e per somma (due terzi della totalità dei creditori ammessi al voto); nel giudizio di omologazione il tribunale doveva accertare la regolarità dell'*iter* concordatario, la convenienza della proposta per i creditori, la fattibilità del piano e, soprattutto, la meritevolezza del debitore, valutata in relazione alle cause che avevano determinato il dissesto e alla condotta dallo stesso tenuta e, da ultimo, stante l'identità del presupposto soggettivo ed oggettivo con il fallimento, qualsiasi situazione che non consentisse di seguire fino in fondo l'*iter* della procedura, a partire dalla fase di ammissione, comportava la dichiarazione d'ufficio del fallimento.

Tra le linee guida della riforma concordataria, avvenuta con l'emanazione del Decreto Legge 14 marzo 2005 n. 35 convertito in Legge 14 maggio 2005 n. 80⁵, si annoverano oltre quella volta ad attribuire un ruolo più attivo nella gestione della crisi al debitore e, soprattutto, ai creditori, quella volta a favorire dei meccanismi e delle tecniche di conservazione delle strutture produttive, sul presupposto che la crisi dell'impresa sia da

⁴ A. NIGRO, *op. ult. cit.*, 336 e ss.

⁵ Per una consultazione integrale della Legge 14 maggio 2005 n. 80 recante disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale si rimanda al testo consultabile sul sito: <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2005-05-14;80>.

intendersi quale evento sì patologico e negativo, ma non necessariamente distruttivo⁶, ed ad attuare un processo di “disintermediazione” dell’insolvenza⁷.

Con la Legge 14 maggio 2005 n. 80 il concordato preventivo ha mutato radicalmente aspetto potendo, ora, essere ammesso alla procedura anche un imprenditore che non si trovi in stato di insolvenza, essendo sufficiente uno stato di crisi.

Sono, inoltre, venuti meno i requisiti personali e patrimoniali previsti dall’originario articolo 160; la proposta concordataria può, anche, prevedere la suddivisione in classi dei creditori ed un trattamento differenziato tra creditori appartenenti a classi diverse; ai fini dell’approvazione non è più richiesta la maggioranza per numero, mentre quella per somma viene ridotta alla maggioranza assoluta dei creditori ammessi al voto ed, infine, nel giudizio di omologazione il tribunale non verifica più d’ufficio la convenienza e la fattibilità della proposta.

Nei primi mesi successivi alla riforma l’operazione di concordato preventivo fu accolta calorosamente⁸.

Tale ottimismo fu, tuttavia, presto valicato dall’impressione che il ricorso al concordato preventivo, comportando una privatizzazione del trattamento giuridico dell’insolvenza, si esaurisse in un’operazione ideologica di mediazione di conflitti fra posizioni diseguali, al fine di omogeneizzare e perequare ciò che ormai risultava essere irrimediabilmente eterogeneo⁹.

Al fine di superare le diverse criticità e problematicità emerse nel periodo di applicazione del Decreto Legislativo n. 5 del 2006 e rafforzare le tendenze privatistiche che hanno presieduto l’intervento riformatore, il Consiglio dei Ministri, nella seduta del 7 settembre 2007, ha approvato in via definitiva, previo ricevimento dei pareri delle competenti

⁶ A. NIGRO - D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, 2012, 271e ss.

⁷ L. STANGHELLINI, *Creditori “forti” e governo della crisi d’impresa nelle nuove procedure concorsuali*, in Fall., 2006, 378.

⁸ G. BRUGGER, *Art. 160. Profili aziendali*, in A. Jorio, M. Fabiani, *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2006, 2310.

⁹ G. BRUGGER, *op. ult. cit.*, 2315.

Commissioni della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica, uno schema di Decreto correttivo con il quale si è assistito, in primo luogo, ad un ulteriore allargamento dei poteri del comitato dei creditori ed alla corrispondente diminuzione di quelli del giudice delegato, mentre il curatore viene ancora maggiormente assoggettato alle direttive ed alle autorizzazioni del comitato dei creditori stesso.

Si è, inoltre, previsto che il programma di liquidazione dovrà essere approvato non più dal giudice delegato bensì dal comitato dei creditori, mentre all'organo amministrativo è riservata l'autorizzazione degli atti di liquidazione conformi al programma medesimo.

Ulteriore intervento normativo alla procedura del concordato preventivo si è avuto con il Decreto Legge n. 83 del 2012 (c.d. Decreto Sviluppo), convertito in Legge n. 134 del 2012, le cui novità più rilevanti sono state la possibilità per il debitore di presentare una domanda di ammissione "con riserva" di produrre successivamente la proposta ed il piano (c.d. concordato in bianco), l'ampliamento degli effetti conseguenti all'ammissione della domanda, tanto per i contratti quanto per i finanziamenti e la predisposizione di una disciplina particolarmente favorevole agli imprenditori che scelgano di affrontare lo stato di crisi con il dichiarato obiettivo di dar continuità all'attività d'impresa.

Da ultimo, con il Decreto Legge n. 69 del 21 giugno 2013 (c.d. Decreto del Fare), convertito nella Legge del 9 agosto 2013 n. 98, al fine di ottimizzare le informazioni trasmesse ai creditori, è stato previsto che il debitore alleggi, unitamente al deposito degli ultimi tre bilanci, l'elenco nominativo dei creditori, con indicazione dei rispettivi crediti, e sia tenuto ad obblighi informativi periodici, anche relativi alla gestione finanziaria dell'impresa ed all'attività compiuta ai fini della predisposizione della proposta e del piano. In linea generale, il legislatore sembra aver compiuto una scelta ben precisa; dovendo adeguare una procedura concorsuale alle impellenti e non facilmente superabili necessità di sistema nell'attuale momento storico, ha ritenuto che fosse proprio il concordato preventivo lo strumento più idoneo a superare lo stato di possibile insolvenza dell'impresa.

L'istituto è stato, così, funzionalmente destinato alla gestione di situazioni critiche ad ampio spettro, afferenti tanto all'area dell'insolvenza conclamata, quanto alla più ampia situazione di crisi.

Obiettivo della riforma, come espresso chiaramente dalla Relazione illustrativa che l'ha accompagnata, è stato, infatti, quello di *“migliorare l'efficienza dei procedimenti di composizione delle crisi d'impresa disciplinati dalla legge fallimentare, superando le criticità emerse in sede applicativa e promuovendo l'emersione anticipata della difficoltà di adempimento dell'imprenditore. (...) l'opzione di fondo che orienta l'intervento è quella di incentivare l'impresa a denunciare per tempo la propria situazione di crisi, piuttosto che quella di assoggettarla a misure di controllo esterno che la rilevinò”*.

Il concordato preventivo, così come novellato, si contraddistingue, dunque, per la propria modalità di soluzione della crisi, rimessa alla valutazione degli stessi creditori e sottratta all'apprezzamento dell'autorità giudiziaria, se non in caso di opposizioni ovvero di dissenso di talune classi; per la propria flessibilità, essendo il contenuto della proposta detipizzato ed aperto a qualsiasi formula atta a conseguire l'obiettivo primario del soddisfacimento dei creditori ed, infine, per il coinvolgimento dei creditori e dei terzi nel progetto di recupero, promozione e riallocazione del valore dell'impresa risultante dalla riorganizzazione economica, patrimoniale e finanziaria programmata nell'ambito del piano¹⁰.

Nella prospettiva del diritto societario il fenomeno della riorganizzazione ben può essere inquadrato nella concezione normativa della società di capitali intesa come disciplina d'investimento nell'impresa e finanziamento dell'impresa¹¹ e del concordato giudiziale quale strumento idoneo a programmare e realizzare processi di ristrutturazione che

¹⁰ S. PACCHI, *Il concordato fallimentare*, in Fallimento e altre procedure concorsuali, diretto da G. Fauceglia e L. Panzani, Torino, 2009, 123 e ss.; M. DI LAURO, *Il nuovo concordato fallimentare*, Padova, 2011, 221 e ss.

¹¹ P. FERRO LUZZI, *Riflessioni sulla riforma: La società per azioni come organizzazione del finanziamento di impresa*, in Riv. dir. comm., 2003, I, 673 e ss.; P. SPADA, *C'era una volta la società...*, in Riv. not., 2004, 4, 1 e ss.; U. TOMBARI, *La nuova struttura finanziaria della società per azioni*, in Riv. soc., 2004, 1089 e ss.; G. FERRI JR., *Fattispecie societaria e strumenti finanziari*, in Riv. dir. comm., 2003, 806 e ss.

concernano al tempo stesso l'investimento, il patrimonio, il finanziamento, l'organizzazione e l'impresa¹².

Ai sensi dell'articolo 160, comma primo, del R.d. 16.03.1942 n. 267 *“L'imprenditore che si trova in stato di crisi può proporre ai creditori un concordato preventivo sulla base di un piano che può prevedere: a) la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione di beni, accollo, o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito; b) l'attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato ad un assunto; possono costituirsi come assuntori anche i creditori o società da questi partecipate o da costituire nel corso della procedura, le azioni delle quali siano destinate ad essere attribuite ai creditori per effetto del concordato; c) la suddivisione in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei; d) trattamenti differenziati tra i creditori appartenenti a classi diverse”*.

Prima facie, soffermiamoci sul significato dell'aggettivo “preventivo”.

A seguito delle riforme operate con il Decreto Legislativo 5/2006 e con il Decreto correttivo del 2007 il termine preventivo, stante l'imprescindibile natura satisfattiva del concordato, è suscettibile di assumere, oltre al significato suo proprio attribuitogli dalla legge, ossia tendente a prevenire l'apertura del fallimento e tutto ciò che ne consegue¹³, anche uno diverso potendo la procedura prevenire il manifestarsi dello stato d'insolvenza da parte del debitore il quale versi in stato di crisi¹⁴.

La disposizione *de qua* è pressoché identica a quella contenuta all'articolo 124, comma secondo, del Regio decreto n. 267 del 1942, in tema di concordato fallimentare,

¹² L.A. BEBCHUCK, *A new approach to corporate reorganizations*, in 101 Harvard L. Rev., 1988, 775 e ss.; L.G. PICONE, *La reorganization nel diritto fallimentare statunitense*, Milano, 1993, 23 e ss.; F. Marelli, *Esperienza applicativa e riforme nella procedura di “riorganizzazione” del diritto fallimentare statunitense*, in Riv. dir. proc., 1996, 1157; E.S. HOTCHKISS - R.M. MOORADIAN, *Acquisitions as a means of restructuring firms in Chapter 11*, in 7 Journ. Fin. Int. 1, 1998; D. BAIRD – R.K. RASMUSSEN, *Control rights, priority rights and conceptual foundations of corporate reorganizations*, in 87 Virginia L. Rev. 921, 2001; C. FERRI, *L'esperienza del Chapter 11. Procedura di riorganizzazione dell'impresa in prospettiva di novità legislative*, in Giur. Comm., 2001, I, 65 e ss.

¹³ A. NIGRO - D. VATTERMOLI, *op. ult. cit.*, 335.

¹⁴ S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in Trattato di diritto commerciale, diretto da G. Cottino, Padova, 2008, 22.

riconoscendosi al debitore, unicamente, una maggiore autonomia nella formulazione della proposta concordataria¹⁵.

A differenza del concordato fallimentare, però, la legge espressamente richiede che la proposta si basi su di un piano attestato da un professionista, in possesso di determinati requisiti, dal quale emergano tutti gli elementi rilevanti ai fini dell'esatta esecuzione del concordato stesso.

La diversa disciplina dei due concordati si giustifica con il fatto che, mentre nel concordato fallimentare la situazione economico-finanziaria del debitore è già sufficientemente delineata, inserendosi la proposta concordataria all'interno di una procedura concorsuale già aperta e dotata di propri organi, nel concordato preventivo la proposta si pone come momento iniziale della procedura volto ad assicurare una base solida ed affidabile per il futuro accordo.

Il contenuto necessario della proposta concordataria, ferma restando la conservazione in capo al debitore dell'amministrazione dei propri beni e dell'esercizio dell'impresa, mitigata dalle disposizioni di cui agli articoli 161, comma settimo, e 167, comma secondo della Legge Fallimentare, è "la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma".

Il concordato diviene, così, uno strumento volto tanto a consentire la prosecuzione dell'attività del *core business* per incrementare il valore dei complessi produttivi capaci di generare reddito, attraverso riduzioni dei debiti e/o dilazioni nei pagamenti, quanto a proporre operazioni straordinarie, aumenti di capitale sottoscritti dai creditori mediante compensazione, con conseguente conversione del credito in quote di partecipazione, emissione di titoli di debito e di strumenti finanziari partecipativi da attribuire ai creditori, quanto a sfruttare, se possibile, le attività, cedendole ad un assuntore, come prevede l'alternativa raffigurata nell'art. 160, lett. b) del R.d. n. 267 del 1942.

Il piano può, inoltre, racchiudere in sé un'offerta non solo di tipo economico ma anche organizzativo, ben potendo il debitore proporre una suddivisione dei creditori in classi.

¹⁵ A. NIGRO - D. VATTERMOLI, *op. ult. cit.*, Bologna, 2012, 338.

L'attuale testo dell'articolo 160 della Legge Fallimentare, inoltre, non prevede più che nella domanda di concordato preventivo si faccia riferimento all'offerta di tutto il patrimonio del debitore in funzione del soddisfacimento dei creditori, né la prestazione d'idonee garanzie¹⁶ che, seguendo l'orientamento manifestato in merito dalla Suprema Corte¹⁷, non possono essere equiparate alle fidejussioni di diritto comune data la loro funzione volta a consentire l'ammissione dell'imprenditore in crisi alla procedura concorsuale e data la conseguenza che, in caso d'insuccesso dell'operazione concordataria, implicano a carico di chi le presti l'assunzione del rischio dell'insuccesso stesso.

Da un punto di vista strutturale la procedura di concordato preventivo può scindersi in quattro distinte fasi: la fase di apertura, quella negoziale, quella istituzionale e quella dell'esecuzione¹⁸.

La domanda per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, ai sensi dell'articolo 161 della Legge Fallimentare, *“è proposta con ricorso, sottoscritto dal debitore, al tribunale del luogo in cui l'impresa ha la propria sede principale; il trasferimento della stessa intervenuto nell'anno antecedente al deposito del ricorso non rileva ai fini della individuazione della competenza”*.

L'articolo 161, secondo comma, stabilisce, poi, che: *“Il debitore deve presentare con il ricorso: a) una aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa; b) uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione; c) l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore; d) il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili ed e) un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta”*.

Si ricorda, quivi, che con la Legge n. 134 del 2012 è stata, però, introdotta la possibilità per il debitore di *“depositare il ricorso contenente la domanda di concordato unitamente ai bilanci*

¹⁶ S. BONFANTI – P.F. CENSONI, *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare*, Padova, 2006, 268 e ss.

¹⁷ Cassazione civile, SS.UU., 18 febbraio 1997, n. 1482, in *Foro Italiano*, 1997, I, 727.

¹⁸ S. PACCHI, *Il Concordato nel fallimento*, in *Scritti in onore di Marco Comporti*, III, Milano, 2008, 107.

relativi agli ultimi tre esercizi, riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo entro un termine fissato dal giudice, compreso fra sessanta e centoventi giorni e prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni”.

Il piano e la documentazione dovranno, poi, essere accompagnati dalla relazione di un professionista, designato dal debitore ed iscritto nel registro dei revisori legali, che attesti, ai sensi e per gli effetti dell’articolo 161, comma terzo, della Legge Fallimentare, la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo ed ai sensi dell’articolo 186-bis, secondo comma, lettera b) della medesima Legge, la funzionalità al miglior soddisfacimento dei creditori della prosecuzione dell’attività d’impresa prevista dal piano di concordato.

Presentato il ricorso, corredato dai documenti e dalla relazione del revisore contabile, il tribunale valuterà se sussistono o meno i requisiti richiesti dalla legge per l’ammissione alla procedura di concordato.

Pur dovendosi escludere che il tribunale possa entrare nel merito della proposta è discusso se il giudizio di ammissibilità si esaurisca in un controllo formale di legittimità, ovvero l’autorità giudiziaria debba verificare, ad esempio, che il piano sia sufficientemente chiaro ed analitico e che la documentazione prodotta consenta di ricostruire con esattezza la condizione economico-patrimoniale del debitore, al fine di permettere ai creditori di esprimere in modo consapevole il voto in sede di accettazione della proposta¹⁹.

La Cassazione, con la sentenza a Sezioni Unite n. 1521 del 23 gennaio 2013²⁰, prospettando una soluzione del problema *de qua* in chiave di recupero di un ruolo attivo da parte del giudice, ha espresso il seguente principio di diritto: *“Il giudice ha il dovere di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato, non restando questo escluso dall’attestazione del professionista, mentre resta riservata ai creditori la valutazione in*

¹⁹ L. STANGHELLINI, *Proprietà e controllo dell’impresa in crisi*, in Rivista delle società, 2004, 1041 e ss.

²⁰ Per una consultazione integrale della sentenza in esame si rimanda al sito: <http://www.cortedicassazione.it/Notizie/GiurisprudenzaCivile/SezioniUnite/SchedaNews.asp?ID=3182>

ordine al merito del detto giudizio, che ha ad oggetto la probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti; il controllo di legittimità del giudice si realizza facendo applicazione di un unico e medesimo parametro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura di concordato preventivo; il controllo di legittimità si attua verificando l'effettiva realizzabilità della causa concreta della procedura di concordato; quest'ultima, da intendere come obiettivo specifico perseguito dal procedimento, non ha contenuto fisso e predeterminabile, essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, pur se inserita nel generale quadro di riferimento, finalizzato al superamento della situazione di crisi dell'imprenditore, da un lato, e all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori, da un altro".

Seguendo l'orientamento testè esposto se ne deduce che il margine di sindacato del giudice sulla fattibilità della proposta, quale controllo sulla causa contrattuale che dovrà esplicarsi tanto nella fase di ammissione, quanto nella fase di omologazione ed eventuale revoca del concordato, dovrà stabilirsi in ragione del contenuto della proposta e della causa concreta perseguita dalle parti.

Tornando all'*iter* procedurale, il tribunale, qualora accerti la sussistenza dei presupposti, con decreto non soggetto a reclamo, dichiarerà aperta la procedura di concordato preventivo nominando, al contempo, il giudice delegato ed il commissario giudiziale ed ordinerà la convocazione dei creditori; in caso contrario dichiarerà inammissibile la proposta.

La fase centrale del concordato è rappresentata dall'*iter* negoziale nel quale si raggiunge o meno l'accordo tra il debitore proponente ed i creditori.

Poiché nel concordato preventivo non esiste una fase destinata all'accertamento del passivo, l'adunanza dei creditori, presieduta dal giudice delegato, rappresenta un momento in cui si realizza tra le parti un contraddittorio pieno, anche ai soli fini della votazione, in cui ogni creditore potrà contestare non solo l'esistenza e l'ammontare dei crediti concorrenti, ma anche il diritto degli altri creditori di partecipare alla votazione.

Ai sensi dell'articolo 177, primo comma, della Legge Fallimentare il concordato viene approvato dai creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto;

laddove, invece, siano previste diverse classi di creditori, esso sarà approvato qualora tale maggioranza si verifichi nel maggior numero di classi.

Nel processo verbale dell'adunanza dei creditori, verranno inseriti i voti favorevoli e contrari con l'indicazione nominativa dei votanti e dell'ammontare dei rispettivi crediti.

I creditori i quali non esercitino il proprio diritto di voto, al fine di non ritenersi consenzienti nel computo della maggioranza dei crediti, dovranno far pervenire il loro dissenso a mezzo telegramma, lettera, fax ovvero *e-mail* nei venti giorni successivi alla chiusura del verbale.

Ebbene, una volta raggiunto l'accordo sulla proposta presentata dal debitore, si chiude la fase negoziale e si apre quella c.d. istituzionale, nella quale il tribunale è chiamato, con decreto motivato, ad omologare ovvero a respingere il concordato approvato dai creditori²¹.

L'ultima fase, invero esterna alla procedura, è quella dell'esecuzione del concordato nella quale il debitore, ovvero l'assuntore, dovrà adempiere agli impegni scaturenti dal piano accettato, nei termini e secondo le modalità ivi previsti; in caso di concordato con cessione dei beni spetterà, invece, al liquidatore procedere alla vendita dei cespiti ed alla distribuzione del ricavato tra gli aventi diritto.

II. LA RIORGANIZZAZIONE SOCIETARIA NELL'AMBITO DEL PROCEDIMENTO DI CONCORDATO.

La riorganizzazione societaria attuata nell'ambito del procedimento di concordato preventivo si configura alla stregua di un processo negoziale di rifondazione della società che coinvolge tutti i soggetti interessati in vario senso alle sue sorti²².

La predetta operazione, da un punto di vista meramente tributario, si lascia apprezzare per la combinazione del beneficio della neutralità fiscale dei trasferimenti operati nell'ambito delle riorganizzazioni, nonché, nei limiti in cui è ammesso, di quello dato dal riparto delle

²¹ A. NIGRO - D. VATTERMOLI, *op. ult. cit.*, 368.

²² S. PACCHI, *Il nuovo concordato fallimentare tra diritto ed economia. Dalla proposta alla votazione*, in *Le procedure concorsuali nel nuovo diritto fallimentare* a cura di Caiafa A., Torino, 2009, 28.

perdite pregresse, con i benefici propri dei concordati giudiziali ai sensi degli articoli 86, 88 e 170 del T.U.I.R.²³.

Da un punto di vista societario deve osservarsi come la deliberazione avente ad oggetto l'operazione programmata costituisce, in ogni caso, una fase autonoma essenziale del processo di ristrutturazione e deve, dunque, essere assunta dall'organo sociale competente, secondo le regole legali e statutarie e nel rispetto della sequenza procedimentale, dei presupposti sostanziali e degli adempimenti informativi per essa prescritti²⁴.

Trattandosi di prescrizioni connotate da un elevato grado di rigidità formale si esige, in occasione del controllo notarile di legittimità delle deliberazioni di modifica statutaria collegate alla decisione sulla proposta ai fini dell'iscrizione nel registro delle imprese, un coordinamento con il procedimento d'istruzione, approvazione ed omologazione della proposta di concordato²⁵.

Superato il controllo preventivo di legittimità da parte del notaio, permane inevitabilmente il rischio che la sopravvenuta invalidazione o sospensione della delibera, dopo la sua iscrizione nel registro delle imprese, a causa dell'impugnazione proposta dai soggetti legittimati, possa determinare una situazione che renda irrealizzabile la soluzione concordataria²⁶.

Nella presente ottica, l'assunzione di una decisione avente ad oggetto contestualmente la proposta di concordato da parte dell'organo amministrativo e le modifiche organizzative da parte dell'organo assembleare, pare essere la soluzione più rassicurante per la stabilità complessiva dell'operazione, dati i limiti oggettivi e soggettivi posti dalla legge all'impugnazione di tali atti²⁷.

²³ F. DEZZANI – L. DEZZANI – R. SANTINI, *Operazioni straordinarie*, Milano, 2005, 378.

²⁴ G. SAVIOLI, *Le operazioni di gestione straordinaria*, Milano, 2012, 167.

²⁵ B. QUATRARO – S. D'AMORA, *Le operazioni sul capitale*, Milano, 1997, 1894 ss.

²⁶ G. FAUCEGLIA, *Esecuzione, risoluzione e annullamento del concordato preventivo*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali* Torino, 2009, 1771.

²⁷ A. PISANI MASSAMORMILE, *Invalità delle delibere consiliari*, in *Il nuovo diritto delle società*, in *Liber amicorum G.F. Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, II, Torino, 2006, 513 ss.

Diversamente, da un punto di vista concorsuale, deve osservarsi come le operazioni tendenti alla ristrutturazione della società in crisi non potrebbero raggiungere gli scopi pratici perseguiti se non in collegamento con la proposta di concordato e subordinatamente alla propria approvazione ed omologazione.

Il consenso maggioritario dei creditori e, laddove siano state proposte opposizioni, la positiva valutazione del tribunale investito del giudizio di omologazione, risultano quindi, al pari delle decisioni degli organi sociali, essenziali per la praticabilità di una determinata soluzione concordataria di stampo riorganizzativo.

Sul punto deve osservarsi come la falsa rappresentazione dei presupposti economici della ristrutturazione programmata nell'ambito delle relazioni pre-assembleari e della proposta di concordato, potrà fungere oltre che da causa d'invalidità della deliberazione anche come causa di annullamento del concordato preventivo, ricorrendo i presupposti di cui all'articolo 186 della Legge Fallimentare.

Si badi, però, che ciò non determinerà la caducazione automatica e retroattiva delle modifiche organizzative eventualmente già deliberate ed attuate in funzione del concordato in considerazione dell'autonomia e della specialità della disciplina societaria che regola la materia dell'invalidità, in genere, e le singole operazioni, in specie²⁸.

III. LA TRASFORMAZIONE CONCORDATARIA.

Tra le operazioni societarie in vista della ristrutturazione del debito e della più conveniente ed efficace definizione dei rapporti coi creditori si annoverano le operazioni straordinarie di trasformazione, fusione e scissione²⁹.

L'ammissibilità della trasformazione di una società in concordato preventivo è risolta positivamente dall'articolo 2499 c.c., a norma del quale l'adozione della decisione di

²⁸ A. BERTOLOTTI, *Operazioni straordinarie. Trasformazione*, in *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2009, 1129; F. GUERRERA, *Il "nuovo" concordato fallimentare*, in *Banca, borsa*, 2006, I, 544 e ss.

²⁹ F. PASQUARIELLO, *Gestione e riorganizzazione dell'impresa nel fallimento*, Milano, 2010, 183 e ss.

trasformazione, quale delibera *uno actu*, è subordinata al preventivo vaglio di compatibilità della stessa con le finalità e lo stato della procedura³⁰.

Stante la natura della trasformazione non già estintivo-constitutiva bensì modificativa dello statuto³¹, potrà risultare opportuno per la società in stato di crisi procedere col deliberare una trasformazione omogenea³² (nell'ambito dello schema causale societario) ovvero eterogenea³³ (da società di capitali in altri enti e viceversa), dato che il mutamento del tipo sociale risultante dalla riorganizzazione concordataria risulta, tendenzialmente, neutro per i creditori³⁴.

Inoltre, nessuna soppressione dell'operatività delle regole procedimentali e di pubblicità della delibera di trasformazione deriverà dalla pendenza della procedura di concordato preventivo non limitando questa né il potere deliberativo dell'assemblea, né costituendo causa di decadenza degli organi sociali³⁵.

Ai fini del giudizio di compatibilità dell'operazione trasformativa con il concordato preventivo, come giustamente osservato anche dal Consiglio Notarile dei distretti riuniti di Firenze, Prato e Pistoia³⁶, occorre valutare, avuto riguardo alla peculiare situazione in

³⁰ Tale è l'opinione espressa dal Prof. Avv. G. Guerrieri nell'ambito del Convegno del 18.10.2013 organizzato dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Modena; M. MALTONI, *La disciplina generale della trasformazione*, in Maltoni-Tassinari, *La trasformazione delle società*, Milano, 2005, 3 e ss.; A. DONATO, *La trasformazione*, in *La riforma delle società. Aspetti applicativi*, a cura di Bortoluzzi, Torino, 2004, 526; A. BASSI, V. BUONOCORE, S. PESCATORE, *La riforma del diritto societario*, Torino, 2003, 209; F. DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1999, 417; L. DE ANGELIS, *La trasformazione delle società*, Milano, 1998, 1 e ss.; G. CABRAS, *Le trasformazioni*, in *Tratt. soc. per azioni*, diretto da Colombo-Portale, Torino, 1997, 41; C. ANGELICI, *Trasformazione e fusione delle società*, in *Inchieste Rotondi*, Padova, 1976, 1521; N. GASPERONI, *La trasformazione delle società*, Milano, 1952, 1044.

³¹ Cassazione civile del 23 aprile 2001, n. 5936 in *Giust. Civ.*, Mass., 2001, 532.

³² G. FERRI JR., *Le trasformazioni omogenee*, in *consiglio Nazionale del Notariato. Studi e materiali*. Anno III, Milano, 2004, 523 e ss.; E. BONAVERA, *La trasformazione omogenea*, in *Trasformazione, fusione e scissione, opa, società quotate*, a cura di Schiano Di Pepe, Milano, 1999, 45.

³³ G. MARASÀ, *Le trasformazioni eterogenee*, in *Riv. not.*, 2003, I, 585.

³⁴ P. SPADA, *Diritto commerciale. II. Elementi*, Padova, 2006, 135 e ss.

³⁵ F. GUERRERA - M. MALTONI, *Concordato Giudiziali e operazioni straordinarie di "riorganizzazione"*, in *Riv. Soc.*, 2008, 60.

³⁶ Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, Osservatorio societario, massima n. 34 del 16.07.2013, "Trasformazione e concordato preventivo", integralmente consultabile sul sito: <http://www.consiglionotarilefirenze.it/Home/Default.aspx>.

cui versi la società, se la trasformazione sia in linea con le finalità cui tende la procedura concorsuale e se possa condurre a perseguire un risultato utile.

Si precisa, quivi, come il predetto giudizio di merito non spetterà, in alcun caso, al notaio rogante il quale porrà in essere, unicamente, un controllo di legalità formale e sostanziale.

Egli non potrà, infatti, effettuare alcuna valutazione in ordine alla ricorrenza dello stato di crisi, all'opportunità e fattibilità del piano, alla consistenza dell'attivo e del passivo ed in genere ogni altra valutazione relativa ad elementi il cui esame è riservato dalla legge al giudice ed ai creditori.

Del pari gli è inibita qualsiasi valutazione in ordine agli elementi che devono risultare dal documento e dalla relazione del professionista che accompagneranno la domanda di concordato, ai sensi dell'articolo 161 della Legge Fallimentare³⁷.

Le questioni di maggior rilevanza per l'interprete possono dividersi in tre macro settori: la presenza dell'operazione di trasformazione nel piano concordatario, l'autorizzazione necessaria a seconda del momento della procedura nel quale la delibera venga adottata ed il diritto di recesso dei soci.

Se nessun problema si pone nel caso in cui la trasformazione rappresenti un'espressa modalità di attuazione del concordato, lo stesso non può affermarsi nel caso inverso.

All'uopo si potrebbe giungere ad affermare che una simile operazione possa potenzialmente costituire un inadempimento della proposta di concordato stesso.

Ecco, quindi, che, al fine di evitare una risoluzione del concordato, occorrerà verificare, in concreto, se la disciplina del tipo sociale d'arrivo ponga la società debitrice in una condizione che possa determinare un pregiudizio di non scarsa importanza per i creditori in violazione delle condizioni sottese al patto concordatario.

³⁷ Orientamenti del Comitato Triveneto dei Notai in materia di atti societari, massima P.A.1 *“Controllo notarile sul contenuto della decisione di approvazione della domanda e delle condizioni del concordato ai fini della sua iscrivibilità nel registro delle imprese”*, Milanofiori Assago, 2011, 321.

Connessa alla questione circa la presenza dell'operazione di trasformazione all'interno del piano concordatario al fine di soddisfare le pretese creditorie, è quella circa il regime autorizzatorio.

Avuto riguardo all'autorità competente al rilascio dell'autorizzazione deve distinguersi a seconda del momento in cui la decisione di trasformazione viene assunta.

Nel caso in cui la delibera sia antecedente alla presentazione della domanda per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, non sarà necessaria alcuna autorizzazione.

Diversamente a dirsi allorquando la decisione venga assunta dopo il deposito della domanda di concordato e prima del decreto di ammissione al concordato stesso in quanto appare pacifico che occorra un'autorizzazione del tribunale ai sensi dell'articolo 161, settimo comma, della Legge Fallimentare, data la straordinarietà dell'operazione³⁸.

Qualora, invece, la delibera di trasformazione venga adottata dopo il decreto di ammissione al concordato ma prima dell'omologazione della proposta ovvero venga adottata in corso di procedura ma la sua efficacia venga sospensivamente condizionata alla definitività dell'omologa necessiterà dell'autorizzazione del giudice delegato ai sensi e per gli effetti dell'articolo 167, secondo comma, della Legge Fallimentare.

Da un punto di vista strettamente pratico all'operatore del diritto che decida di procedere condizionando sospensivamente la deliberazione si suggerisce, in considerazione del fatto che l'attuale sistema di pubblicità degli atti societari non consente di dare evidenza in visura di eventuali termini e condizioni previste negli atti stessi, di procedere ad un doppio deposito presso la Camera di Commercio esplicantesi in un primo deposito della delibera ricevuta, ai fini di una astratta conoscibilità della stessa ai terzi ed un secondo deposito,

³⁸ Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, Osservatorio societario, massima n. 34 del 16.07.2013, "*Trasformazione e concordato preventivo*", *ibidem*; conforme Prof. Avv. G. Guerrieri nell'ambito del Convegno in tema di Trasformazione, fusione e scissione nel concordato preventivo del 18.10.2013 organizzato dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Modena.

una volta verificatasi la condizione, al fine di dar definitiva e completa pubblicità all'operazione³⁹.

Da ultimo, nel caso in cui l'assemblea adotti la delibera dopo il decreto di omologazione del concordato, se è vero che data la chiusura della procedura concorsuale non si dovrà ricorrere ad alcun regime autorizzatorio, è altresì vero che deve operarsi un distinguo tra concordato con continuità aziendale e concordato con cessione dei beni.

Difatti, mentre nella prima ipotesi la società potrà sì deliberare un'operazione di trasformazione ma con il limite che, laddove questa non sia stata prevista nel piano e comporti costi non preventivati, la sua adozione ben potrebbe dar luogo financo alla risoluzione del concordato ai sensi dell'articolo 186 della Legge Fallimentare, nell'ipotesi di concordato con cessione di beni, laddove la delibera conduca a notevoli esborsi a carico della società, sarà necessario procedere con l'autorizzare a ciò il liquidatore ai sensi di legge⁴⁰.

Procedendo, estremamente spinoso per l'operatore del diritto appare il tema del recesso del socio non consenziente in sede di trasformazione concordataria ed il rapporto tra i creditori anteriori alla proposta (c.d. puri) ed i soci divenuti creditori a seguito dell'esercizio del diritto di cui *supra*.

In termini generali potrebbe sostenersi che la soggezione della società alla procedura concordataria impedisca l'esercizio di tale diritto, con la conseguenza che l'operazione di

³⁹ Secondo la Massima del Consiglio Notarile di Milano n. 19 del 10 marzo 2004 “*Efficacia dell'iscrizione nel registro delle imprese delle modificazioni statutarie (art. 2436 c.c.)*”, in Massime notarili in materia societaria elaborate dalla Commissione per i principi uniformi in tema di società, Milano, 2010, 101 e ss., “*Il principio - stabilito nell'art. 2436 c.c. - secondo cui le modifiche statutarie acquistano efficacia solo "dopo l'iscrizione" nel Registro delle Imprese non impedisce che vengano assunte, a cura degli organi sociali muniti della relativa competenza, delibere fondate sulla modificazione statutaria approvata ma non ancora iscritta; l'efficacia di tali delibere è subordinata all'iscrizione nel Registro delle Imprese della modificazione statutaria che ne costituisce il presupposto. Qualora una modificazione statutaria attribuisca ad un organo sociale una particolare competenza deliberativa, la competenza stessa può dirsi sussistente (e le relative delibere essere assunte) solo dopo che, con l'iscrizione nel Registro delle Imprese, la modificazione statutaria ha assunto efficacia*”.

⁴⁰ Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, Osservatorio societario, massima n. 34 del 16.07.2013, “*Trasformazione e concordato preventivo*”, *ibidem*.

trasformazione potrebbe essere attuata unicamente se nessun socio eserciti il proprio diritto sicché l'operazione sarebbe, nei fatti, condizionata a tale evento⁴¹.

Appare, però, preferibile sposare la tesi secondo la quale, stante il dipendere la legittimità dell'operazione anche dalla sussistenza delle condizioni comunemente richieste dall'articolo 2500 c.c. e dalle norme afferenti le singole fattispecie di trasformazione, il diritto di recesso debba intendersi come legittimamente esercitato ma la conseguente liquidazione resterebbe sospesa sino alla conclusione della procedura concorsuale e verrebbe determinata tenuto conto del presumibile eccesso di debiti rispetto all'attivo⁴².

Un'ultima doverosa precisazione attiene la sorte di coloro che, a seguito di trasformazione concordataria omogenea regressiva in società di persone⁴³, assumendo la posizione di soci illimitatamente responsabili della società trasformata, rispondono illimitatamente anche per le obbligazioni sociali sorte anteriormente alla trasformazione.

Posto che il socio intanto sarà disponibile a rinunciare al beneficio della responsabilità limitata, in relazione alle obbligazioni verso i creditori concorsuali (come tali anteriori alla trasformazione) in quanto l'accesso al concordato gli offra la prospettiva di un'almeno parziale "esdebitazione"⁴⁴, nell'ottica del concordato, il suo consenso ben potrà integrare un aspetto decisivo della proposta ai fini della valutazione circa la copertura del fabbisogno concordatario da parte degli organi della procedura e dei creditori.

IV. LA FUSIONE CONCORDATARIA.

⁴¹ A.L. Bonafini nell'ambito del Convegno in tema di Trasformazione, fusione e scissione nel concordato preventivo del 18.10.2013 organizzato dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Modena; M. MALTONI - F. TASSINARI, *La trasformazione delle società*, II ed.ne, Milanofiori Assago, 2011, 19.

⁴² Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, Osservatorio societario, massima n. 34 del 16.07.2013, "Trasformazione e concordato preventivo", *ibidem*; C. MOSCA, *Sub. art. 2499*, in *Trasformazione, fusione, scissione*, Commentario alla riforma delle società, diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, Milano, 2006, 16.

⁴³ M. MALTONI - F. TASSINARI, *op. ult. cit.*, 11.

⁴⁴ F. GUERRERA, *La trasformazione di società di capitali in società di persone*, in *Riv. not.*, 2007, 827 e ss.

In chiave economica anche un'operazione riorganizzativa volta a realizzare un'aggregazione senza esborso di mezzi finanziari e con conservazione del complesso aziendale, dell'avviamento e dei rapporti economici connessi alla prosecuzione dell'impresa⁴⁵ può prestarsi ad attuare l'esecuzione della riorganizzazione concordataria⁴⁶.

Se in passato si negava la compatibilità dell'istituto *de quo* con lo scopo concordatario, oggi, si sposa la tesi affermativa data la soppressione 1) della disposizione di cui all'articolo 2448, ultimo comma, c.c., che prevedeva il fallimento quale autonoma causa di scioglimento della società, e 2) del divieto, originariamente contenuto nell'articolo 2501, secondo comma, c.c.⁴⁷ il quale negava la partecipazione alla fusione sia alle società sottoposte a procedure concorsuali sia a quelle in liquidazione che avessero iniziato la distribuzione dell'attivo⁴⁸.

Si precisa, all'uopo, come secondo alcuni autori il superamento dell'ostacolo letterale del novellato articolo 2501, secondo comma, c.c. agevolerebbe ma non legittimerebbe *tout court* la partecipazione all'operazione di fusione di società sottoposte a procedura concorsuale, dovendosi tener conto del principio generale del limite dello stato e delle finalità della procedura, desumibile dall'art. 2499 c.c. in tema di trasformazione⁴⁹, dalché,

⁴⁵ N. ATLANTE, *La fusione*, in Consiglio nazionale del notariato. Studi e materiali, Milano, Supplemento 1/2004, 481 e ss.; I. CAPELLI, *La fusione e la scissione*, in La riforma della società. Aspetti applicativi, a cura di Bartoluzzi, Torino, 2004, 551; M. PERRINO, *La riforma della disciplina delle fusioni di società*, in Riv. Soc., 2003, 532; A. PATRONI GRIFFI, *Il procedimento di fusione*, in Fusioni e scissioni di società, Milano, 1995, 29.; G. LAURINI, *La fusione di società*, in Riv. not., I, 1991, 577; G. SCOGNAMIGLIO, *Fusione e scissione di società: Lo schema di legge di attuazione delle direttive CEE*, in Riv. dir. comm., 1990, I, 109.

⁴⁶ G. SAVIOLI, *Le operazioni di gestione straordinaria*, Milano, 2012, 272; A. VARETTI, *La riforma del diritto societario*, in AA.VV., La riforma del diritto societario, Torino, 2005, 194.

⁴⁷ P. SERRAO D'AQUINO, *Commento art. 2501*, in La riforma delle società, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, 416.

⁴⁸ Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, Osservatorio societario, massima del 16.07.2013, "Concordato preventivo e fusione di società", integralmente consultabile sul sito: <http://www.consiglionotarilefirenze.it/Home/Default.aspx>; P.G. MARCHETTI, *Appunti sulla nuova disciplina delle fusioni*, in Riv. not., 1991, I, 28.

⁴⁹ R. SANTAGATA, *Le fusioni*, in Trattato delle società per azioni, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino, 2004, 37.

dati gli effetti organizzativi e patrimoniali propri della fusione, potrebbe dedursene l'incompatibilità con le procedure di tipo liquidativo⁵⁰.

Se l'applicazione analogica dell'articolo 2499 c.c. sembrerebbe opportuna nel caso in cui trattasi di fusione eterogenea, stante la considerazione che ad essa si applicano anche la norme proprie della trasformazione, lo stesso non può affermarsi nel caso di fusione omogenea.

Invero, la natura della fusione quale procedimento complesso che trae legittimazione dall'unione di una delibera dei soci delle società coinvolte nell'operazione e da un atto negoziale degli amministratori delle società in parola, spiega compiutamente la scelta del legislatore di predisporre uno strumento *ad hoc* quale l'opposizione dei creditori, dalché è preferibile ritenere inapplicabile all'operazione in esame la norma in tema di limiti alla trasformazione⁵¹.

La recente riforma della Legge Fallimentare, dal suo canto, spinge ancor più nel senso della compatibilità di un'operazione di concentrazione di un'impresa in procedura concorsuale con un'altra *in bonis*, con la *ratio* propria della soluzione concordataria⁵² volta a perseguire tanto l'interesse dei creditori ad ottenere la soddisfazione almeno parziale dei propri diritti, quanto dei soci e dei possessori di strumenti finanziari a non essere estromessi dall'affare⁵³, quanto ancora la mera acquisizione dell'azienda o del patrimonio della società in crisi⁵⁴.

Una volta riconosciuto al procedimento di cui si discorre un possibile contenuto della proposta ed un legittimo strumento attuativo del concordato, non pare dubbio che esso possa assumere la fisionomia di una fusione propria, di una fusione per incorporazione ovvero di una fusione inversa, anche se la configurazione maggiormente fruibile, da un

⁵⁰ R. SANTAGATA, *op. ult. cit.*, 38; A. NIGRO - D. VATTERMOLI, *op. ult. cit.*, 192 e ss.

⁵¹ L. STANGHELLINI, *Commento all'art.124*, in Commentario alla legge fallimentare, a cura di Jorio-Fabiani, Bologna, 2007, 1984.

⁵² Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 77-2007/I, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di "riorganizzazione"*, Approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 26 settembre 2007, a firma di F. Guerrera e M. Maltoni.

⁵³ G. SAVIOLI, *op. ult. cit.*, 284.

⁵⁴ Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 77-2007/I, sopra citato.

punto di vista operativo, sembra l'incorporazione della società in crisi da parte di un'altra società, adeguatamente patrimonializzata e solvibile⁵⁵.

Venendo all'esame dei problemi di natura applicativa è opportuno orientare l'analisi verso quattro distinte tematiche d'interesse: il rapporto sussistente tra la normativa codicistica e quella concorsuale, il regime autorizzatorio, l'opposizione dei creditori e, da ultimo, gli effetti sull'operazione di fusione della risoluzione del concordato preventivo.

L'assenza di un coordinamento tra le norme proprie dell'operazione di fusione e quelle fallimentari dovrebbe far propendere per la concreta applicazione di entrambe, con l'inevitabile insorgenza di non pochi e rilevanti aspetti problematici.

Nonostante il predisporre un'operazione di fusione nel programma riorganizzativo concordatario sembri rappresentare una valida soluzione, invero, essa paventa un concreto rischio di deterioramento della situazione patrimoniale e finanziaria della società debitrice con conseguente esposizione del ceto creditorio all'ulteriore incertezza dell'esito del procedimento decisionale e dell'adesione dei soggetti terzi coinvolti⁵⁶.

Ecco, dunque, che per evitare i sopra menzionati inconvenienti, sembra preferibile condividere l'orientamento⁵⁷ secondo il quale è più che opportuno apporre alla delibera di fusione una condizione sospensiva volontaria costituita dalla successiva omologazione del concordato.

Dato il collegamento con il concordato preventivo ne deriva che il progetto di fusione e le relazioni di cui all'articolo 2501-*quinquies* c.c. dovranno, necessariamente, dare atto della strumentalità dell'operazione rispetto alla procedura fallimentare, delle sue ragioni e della sua convenienza.

E', inoltre, pacifico che restino invariate le competenze organiche degli amministratori per il progetto di fusione, che siano pienamente applicabili le norme sulla semplificazione del procedimento di fusione dal momento che coinvolgono solo interessi dei soci⁵⁸ e che non

⁵⁵ M. DI SARLI, *Commento all'art. 2501 c.c.*, 456.

⁵⁶ Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 77-2007/I, sopra citato.

⁵⁷ Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 77-2007/I, sopra citato.

⁵⁸ F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, Milano, 2005, 99

venga meno l'obbligo di redazione del bilancio d'esercizio e delle situazioni patrimoniali da parte degli organi amministrativi delle società partecipanti all'operazione.

Sul piano societario ed organizzativo, derivando gli effetti giuridici della fusione unicamente dalla stipula e dalla successiva iscrizione dell'atto di fusione nel competente Registro delle Imprese, ne consegue che non necessiteranno di alcuna autorizzazione degli organi della procedura né l'approvazione ed il deposito del progetto di fusione da parte dell'organo amministrativo, né la deliberazione che approva il progetto di fusione condizionando l'eseguibilità dell'atto di fusione all'intervenuta omologazione del concordato nel cui piano essa sia prevista.

Diversamente a dirsi in caso di stipulazione dell'atto di fusione *ante* omologazione nel qual caso la società dovrà essere debitamente autorizzata dal tribunale ai sensi dell'articolo 161, settimo comma, della Legge Fallimentare ovvero dal giudice delegato *ex art.* 167 della Legge Fallimentare, a seconda che la stipulazione medesima avvenga prima o dopo l'ammissione della società alla procedura.

Non è, invece, richiesta alcuna autorizzazione giudiziale per la stipulazione dell'atto di fusione di una società per la quale sia stato già omologato un concordato preventivo, permanendo il solo potere di vigilanza del commissario giudiziale sull'esecuzione del concordato istituzionalmente deputato alla verifica dell'adempimento dei patti e delle obbligazioni concordatarie, ai sensi dell'articolo 185 della Legge Fallimentare ⁵⁹.

Una rilevante criticità di coordinamento tra la disciplina legale della fusione e le regole in tema di approvazione della proposta di concordato preventivo sussiste avuto riguardo all'interferenza della delibera *de qua* con le pretese creditorie.

Difatti, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 2504-*bis*, secondo comma, c.c., determinando la fusione una compenetrazione di patrimoni aziendali, essa è di per sé suscettibile di pregiudicare le pretese dei creditori della società in concordato preventivo in quanto

⁵⁹ Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, Osservatorio societario, massima del 16.07.2013, "*Concordato preventivo e fusione di società*", *ibidem*.

costoro sarebbero destinati a subire il concorso dei creditori delle altre società partecipanti all'operazione.

Allorquando la fusione sia prevista quale modalità attuativa di una proposta di concordato è dubbio se ai creditori concordatari spetti il diritto di opposizione di cui all'articolo 2503 c.c. ovvero quello di cui all'articolo 184 della Legge Fallimentare.

La migliore dottrina⁶⁰, traslando lo speciale regime previsto dall'articolo 2503-*bis* c.c., a norma del quale si esclude che gli obbligazionisti possano proporre opposizione alla fusione qualora questa sia stata approvata a maggioranza dalla loro assemblea, ha ritenuto che ai creditori concordatari non potrà riconoscersi un diritto individuale di opposizione, dovendo essi ricorrere al rimedio endoconcorsuale dell'opposizione previsto dalla Legge Fallimentare, stante la comunanza d'interessi.

Dalché se ne deduce che potranno esperire il rimedio dell'opposizione *ex* articolo 2503 c.c. unicamente i creditori diversi da quelli di cui all'articolo 184 della Legge Fallimentare, sempre a condizione che il proprio credito sia sorto anteriormente alla pubblicazione del progetto di fusione⁶¹, ed i creditori della società *in bonis*.

In relazione a questi ultimi si precisa che, in caso di delibera di fusione condizionata all'omologa del concordato, il *dies a quo* per l'esercizio di tale diritto dovrà individuarsi con il momento dell'avveramento della predetta *condicio*⁶².

Un ulteriore punto d'attrito intercorrente tra la disciplina fallimentare e quella codicistica è rappresentato dal difficile coordinamento tra il principio di irreversibilità della fusione di cui all'articolo 2504-*quater*, primo comma, c.c. ed il dettato dell'articolo 186 della Legge Fallimentare in tema di risoluzione del concordato preventivo il quale, dopo aver sancito, al primo comma, che "ciascuno dei creditori può richiedere la risoluzione del concordato

⁶⁰ Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 77-2007/I, sopra citato.

⁶¹ G. FAUCEGLIA, *op. ult. cit.*, 1771.

⁶² Secondo il Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 77-2007/I, "Finché la deliberazione non è efficace, manca infatti l'interesse processuale a coltivare l'opposizione e, oltretutto, non è risolubile da parte dell'autorità giudiziaria, in termini chiari e concreti, il conflitto d'interessi sotteso all'opposizione medesima".

per inadempimento”, all’ultimo comma, rinvia, in quanto compatibile, al disposto di cui all’articolo 137 della summenzionata Legge.

Nonostante, ad una prima analisi, la succitata disposizione sembri confliggere con il principio generale dell’irretrattabilità degli effetti della fusione, in realtà trattasi di un superabile *idola mentis*.

Tenendo in debito conto: 1) la tendenziale irretroattività della risoluzione del concordato fallimentare nei rapporti con i creditori, con conseguente salvezza dei pagamenti già effettuati e delle garanzie loro concesse; 2) la non operatività della risoluzione di cui all’articolo 137, quinto comma, della Legge Fallimentare allorquando gli obblighi derivanti dal concordato sono stati assunti dal proponente ovvero da uno o più creditori con liberazione immediata del debitore e 3) il comportare l’evento fusione una successione universale nei debiti della società ammessa alla soluzione concordataria⁶³, ne deriva che non si avrà alcuna disapplicazione della disciplina societaria, bensì la produzione di quei soli effetti retroattivi della risoluzione compatibili con la riorganizzazione concordataria⁶⁴.

V. LA SCISSIONE CONCORDATARIA.

La legittimità di una delibera di scissione in esecuzione di un concordato preventivo risulta, attualmente, suffragata 1) dal novellato articolo 2506 c.c.⁶⁵ il quale non preclude più la possibilità di scindere una società sottoposta a procedura concorsuale, 2) dall’articolo 160, primo comma, della Legge Fallimentare, che consente la possibilità di promuovere la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei creditori anche mediante operazioni straordinarie e 3) dall’articolo 186-*bis* della Legge Fallimentare la cui *mens legis* è

⁶³ F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, in Notariato e Nuovo Diritto Societario, Collana diretta da G. Laurini, II ed.ne, Milano, 2009, 558 e ss.

⁶⁴ Secondo il Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 77-2007/I, sopra citato, “*a seguito di risoluzione del concordato preventivo si verrà a generare, nei confronti della società risultante dalla fusione, un’esigibilità dei crediti concorsuali avente carattere immediato, integrale e concorrente con gli altri crediti insorti nei suoi confronti*”.

⁶⁵ La presente innovazione normativa è espressione di quanto previsto dall’articolo 1, paragrafo quarto, della Sesta Direttiva Comunitaria, a norma del quale “*È d’applicazione l’articolo 1, paragrafi 2 e 3, della direttiva 78/855/CEE*”, in materia di fusione.

rappresentata dalla tutela della continuità aziendale, alla quale è normativamente funzionale la scissione⁶⁶.

Il poliformismo⁶⁷ dell'operazione quale destrutturazione dell'attività sociale, del suo patrimonio e della massa creditizia in modo da differenziarne il trattamento, anche in ragione del collocamento nel passivo delle diverse beneficiarie⁶⁸, la rende uno strumento estremamente duttile a realizzare soluzioni negoziate della crisi⁶⁹ plasmabili sulle diverse esigenze sociali.

Tuttavia, il tacere la previsione del 2506 c.c. in merito ai limiti ed alle modalità di attuazione dell'operazione di scissione, ha comportato l'insorgenza di dubbi di natura interpretativa e di coordinamento con la disciplina propria della Legge Fallimentare.

In particolare ci si è interrogati in merito alla sottoposizione, da parte della delibera di scissione adottata da società soggetta a procedura di concordato preventivo, ai limiti di cui al 2499 c.c.⁷⁰

Ebbene, essendo la valutazione della compatibilità dell'operazione *de qua* con la procedura concorsuale rimessa agli organi della procedura ed avendo il legislatore predisposto uno

⁶⁶ Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, Osservatorio societario, massima del 16.07.2013, "*Concordato preventivo e scissione di società*", integralmente consultabile sul sito: <http://www.consiglionotarilefirenze.it/Home/Default.aspx>.

⁶⁷ G. SAVIOLI, *op. ult. cit.*, 469.

⁶⁸ P. LUCARELLI, *Scissione e circolazione di azienda*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum G.F. Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, vol. IV, Torino, 2007, 447; D. GALLETTI, *Commento all'art.160*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio, Bologna, 2006, 2299; L. G. PICONE, *Commento all'art. 2506 bis*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, artt. 2498 – 2506-quater c.c., Milano, 2006, 1084; S. SANTANGELO, *La scissione nella riforma*, in *Consiglio Nazionale del Notariato. Studi e Materiali*. Anno III, Milano, 2004, 544 e ss.; G. PALMIERI, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, Torino, 1999, 210; P. PICCOLI-G. ZANOLINI, *Le scissioni di società. Aspetti operativi*, Torino, 1997, 1 e ss.; U. BELVISO, *La fattispecie della scissione*, in *Giur. comm.*, 1993, I, 526; F. GALGANO, *Scissione di società*, in *Vita Notarile*, 1992, 507; G. LAURINI, *La scissione delle società*, in *Riv. dir. impr.*, 1992, 33 e ss.

⁶⁹ Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 77-2007/I, sopra citato.

⁷⁰ G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, VII ed.ne, 2, Torino, 2004, 86 e ss.; L. STANGHELLINI, *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi*, in *Rivista delle società*, 2004, 1041 e ss.

strumento quale l'opposizione dei creditori alla scissione, si è dedotta la non operatività della summenzionata norma al caso in esame⁷¹.

La mancanza di disposizioni di coordinamento tra le norme proprie della scissione e quelle fallimentari, ha portato la dottrina ad interrogarsi in merito alla normativa assorbente.

Se una parte di essa ha optato per il preventivo perfezionamento dello strumento concordatario che nel programma riorganizzativo annoveri l'operazione di scissione, è preferibile aderire a quella parte che, vedendo nel meccanismo condizionale il principale mezzo di collegamento tra le normative, da un punto di vista redazionale, opta per il condizionare sospensivamente le delibere di scissione all'omologa del concordato stesso⁷².

Un approfondimento specifico deve dedicarsi al contenuto del progetto di scissione il quale svolge una duplice funzione: programmatica-informativa, a vantaggio dei soci e dei terzi, ed individuativa della frazione di patrimonio della scissa destinata alle beneficiarie⁷³.

A norma dell'articolo 2506-*bis*, primo comma, c.c. dal progetto di scissione deve risultare l'esatta descrizione degli elementi patrimoniali da assegnare a ciascuna società nonché i criteri suppletivi, rispettivamente riferiti agli elementi dell'attivo e del passivo, rispetto ai quali è necessario verificare l'interferenza della disciplina fallimentare.

La complessità della riorganizzazione concordataria mediante scissione comporta la necessità che dal predetto progetto emerga la strumentalità dell'operazione con la procedura fallimentare, le ragioni ad essa sottese e la reale utilità⁷⁴, spettando ai creditori della società in crisi, previa valutazione della convenienza dell'operazione sulla base dei beni, dei rapporti giuridici e dei diritti litigiosi assegnati alla beneficiaria dalla quale trarranno soddisfacimento, approvare la proposta di scissione concordataria⁷⁵.

⁷¹ F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, in Notariato e Nuovo Diritto Societario, Collana diretta da G. Laurini, II ed.ne, Milano, 2012, 151.

⁷² Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 77-2007/I, sopra citato.

⁷³ G. SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, 460; L.G. Picone, *op. ult. cit.*, 1084.

⁷⁴ G. SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, 464.

⁷⁵ A. BONSIGNORI, *Del concordato preventivo*, in Comm. Scialoja Branca, Roma, 1979, 71.

Circa, poi, la descrizione degli elementi patrimoniali da assegnare, ricorrendo una comunanza di obiettivi tra la disciplina fallimentare e quella societaria diretta a consentire una valutazione in termini di convenienza e non lesività degli interessi creditizi, essa dovrà trovare piena corrispondenza nella proposta di concordato omologata⁷⁶.

Difatti, giova, all'uopo, specificare come qualora durante l'*iter* concordatario emergesse l'esigenza di modificare alcune delle componenti attive o passive già descritte nel progetto di scissione e tale modifica non sia stata prevista come possibilità esecutiva della scissione nel progetto medesimo, sarà necessario ricominciare, integralmente, il procedimento di scissione, essendo già stato approvato il progetto da modificare.

Restano, nondimeno, invariate le competenze degli amministratori per il progetto di scissione e l'obbligo di redazione del bilancio d'esercizio e delle situazioni patrimoniali da parte degli organi amministrativi delle società partecipanti all'operazione.

Derivando gli effetti giuridici dell'operazione in esame dalla stipula dell'atto di scissione e dalla sua iscrizione nel competente Registro delle Imprese, anche qualora la società abbia depositato domanda di concordato preventivo, non necessiteranno di alcuna autorizzazione da parte degli organi della procedura né l'approvazione ed il deposito del progetto di scissione, né la deliberazione approvante il progetto condizionando l'eseguibilità dell'atto di scissione all'intervenuta omologazione del concordato nel cui piano essa sia prevista, né, tantomeno, la stipulazione di un atto di scissione a seguito d'intervenuta omologa, permanendo il solo dovere di vigilanza del commissario giudiziale sull'esecuzione del concordato, ai sensi dell'articolo 185 della Legge Fallimentare.

Diversamente a dirsi in caso di stipula dell'atto di scissione *ante* omologa nel qual caso la società dovrà essere debitamente autorizzata dal tribunale ai sensi dell'articolo 161, settimo comma, della Legge Fallimentare ovvero dal giudice delegato ai sensi dell'articolo 167 della Legge Fallimentare, a seconda che la stipulazione avvenga prima ovvero dopo l'ammissione della società alla procedura.

⁷⁶ P. LUCARELLI, *op. ult. cit.*, 454.

Veniamo, ora, a trattare dei possibili pregiudizi che possono sorgere in seno ai creditori sociali, da un lato, ed ai creditori concordatari, dall'altro.

Generando l'effetto riorganizzativo proprio della scissione una rottura dell'originaria relazione tra il patrimonio della società debitrice ed i creditori sociali, costoro possono incorrere nel duplice pregiudizio della confusione e del frazionamento della garanzia patrimoniale.

Se la tutela contro il primo rischio viene affidata al rimedio dell'opposizione di cui all'articolo 2503 c.c., diversamente, contro il secondo rischio, sono demandate le regole poste dagli articoli 2506-*quater*, ultimo comma, e 2506-*bis*, terzo comma, c.c.

Ai sensi dell'articolo 2506-*bis*, terzo comma, c.c., degli elementi del passivo, la cui destinazione non è desumibile dal progetto, rispondono, in caso di scissione totale, le società beneficiarie in solido tra loro ed, in caso di scissione parziale, la scissa e le beneficiarie.

Diversamente, secondo il disposto di cui all'articolo 2506-*quater* c.c., è prevista una responsabilità solidale delle società partecipanti per i debiti della scissa non soddisfatti dalla società cui fanno carico, nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto ad essa assegnato o rimasto.

Qualora la scissione rappresenti la modalità realizzativa del concordato preventivo occorre chiedersi se l'interferenza con la disciplina concorsuale possa giustificare, secondo il principio di specialità, la deroga alla regola societaria comune della responsabilità limitata solidale delle società risultanti dalla scissione.

E' discusso, infatti, se la beneficiaria possa, al fine di agevolare le finalità del concordato, invocare l'applicazione del quarto comma dell'articolo 124 della Legge Fallimentare e proporre, dunque, la limitazione degli impegni assunti con il concordato ai soli creditori ammessi al passivo ed a quelli che hanno proposto opposizione allo stato passivo o domanda di ammissione tardiva al tempo della proposta.

Sul presupposto che così operando si paventerebbe, in concreto, il rischio che la società possa sottrarsi alla responsabilità rispetto a quei debiti ignoti ovvero alle sopravvenienze la

cui destinazione non è desumibile dal progetto di scissione, la migliore dottrina è giunta col riconoscere l'applicabilità della limitazione della responsabilità “a tutti i casi in cui la prestazione offerta ai creditori in virtù della complessa proposta di concordato sia costituita, in tutto o in parte, dall'assunzione di obblighi diretti nei loro confronti”⁷⁷, nell'interesse ad una sollecita presentazione delle proposte di concordato che potrebbero risultare frenate dall'incertezza sulla responsabilità che si assume con l'operazione.

Quanto ai creditori concordatari il riconoscimento di un diritto individuale di opposizione *ex* articolo 2503 c.c. finirebbe per frustrare la scelta legislativa di subordinare le soluzioni negoziate della crisi alla volontà della maggioranza dei creditori, sotto il controllo del tribunale.

Ecco, dunque, che sembra coerente concludere nel senso che essi dovranno ricorrere al rimedio endoconcorsuale dell'opposizione di cui all'articolo 180, secondo comma, della Legge Fallimentare, da considerarsi “assorbente” di ogni altra tutela⁷⁸.

Da ultimo, trattando degli effetti che un'eventuale risoluzione del concordato può dispiegare sull'operazione di scissione, rinviando a quanto ampiamente esposto in tema di fusione, si chiarisce quivi come l'articolo 186 della Legge Fallimentare non debba ritenersi in alcun caso confliggente con il principio dell'irretrattabilità degli effetti della scissione con la conseguenza che a seguito di risoluzione del concordato preventivo si determinerebbe, nei confronti della società risultante dalla scissione, l'immediata ed integrale esigibilità dei crediti concorsuali⁷⁹.

IV. EFFICACIA ED ESECUZIONE DELLE DELIBERE COLLEGATE.

Le deliberazioni societarie aventi ad oggetto operazioni collegate alla proposta di concordato sono, tendenzialmente, inefficaci prima dell'omologazione con la

⁷⁷ L. STANGHELLINI, *Commento all'art. 124 l. fall.*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio, Bologna, 2007, II, 1984

⁷⁸ Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, Osservatorio societario, massima del 16.07.2013, “*Concordato preventivo e scissione di società*”, *ibidem*.

⁷⁹ F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, in “*Notariato e Nuovo Diritto Societario*”, Collana diretta da G. Laurini, II ed., Milano 2012, 159.

conseguenza che la decorrenza degli effetti del concordato e dell'operazione societaria collegata resterebbe fissata in relazione alla definitività del decreto di omologazione⁸⁰.

Nel rapporto con il procedimento di concordato preventivo, le predette deliberazioni devono, quindi, ritenersi implicitamente sottoposte a condizione sospensiva, volontaria ed implicita, collegata alla *condicio iuris* rappresentata dall'iscrizione nel competente registro delle imprese del decreto di omologa⁸¹.

Dunque, si avrà un nesso di condizionamento reciproco tra la delibera di approvazione della proposta di concordato preventivo e quella concernente l'operazione societaria collegata, nel senso che per conseguire la realizzazione dello scopo complessivo sotteso alla soluzione concordataria l'una non potrà aver efficacia ed esecuzione indipendentemente dall'altra.

Cionondimeno appare prudentziale, al fine di neutralizzare il rischio che le operazioni societarie a servizio del concordato non realizzino lo scopo di sistemazione concordata della crisi, procedere col subordinare espressamente gli effetti delle deliberazioni riorganizzative all'omologazione definitiva del concordato.

Un'alternativa al modello operativo testè illustrato, seppur meno garantista, potrebbe consistere nella programmazione di una deliberazione formale che determini la modifica organizzativa della società, da assoggettarsi alla valutazione dei creditori e degli organi

⁸⁰ A. CAVALAGLIO, *Commento agli artt. 129-131 l.f.*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario*, diretto da Jorio, Bologna, 2006, 798; A. RUOSI, *Commento agli artt. 129-141*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Nigro e Sandulli, Torino, 2006, t. 2°, 608 e ss.; F. GUERRERA, *Il concordato fallimentare nella riforma: problemi, novità, prospettive*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2007, 12 e ss.

⁸¹ Sulla portata costitutiva della pubblicità delle deliberazioni di modifica statutaria si rinvia a N. ATLANTE, *Effetti dell'iscrizione nel registro imprese delle modifiche statutarie delle società di capitali: il nuovo art. 2436, comma 5, c.c.*, in *Riv. not.*, 2006, p. 847; R. BENASSI, in *Il nuovo diritto delle società*, Commentario a cura di A. Maffei Alberti, vol. II, Padova, 2005, 1469; L. SALAMONE, in *Società di capitali*, Commentario a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, vol. II, Napoli, 2004, 1287; A. FERRONI – D. PREITE, *L'efficacia costitutiva dell'iscrizione delle delibere di modifica dell'atto costitutivo*, in *Vita not.*, 2004, 1767.

della procedura, basata su apposite intese preliminari contenute nella proposta di concordato, tra amministratori e soci, tra i soci stessi e tra questi ed i terzi⁸².

In entrambi i casi si avrà, comunque, un nesso di condizionamento reciproco, ovvero di “coimplicazione”, tra la delibera di approvazione della proposta di concordato e quella concernente l’operazione societaria collegata⁸³.

Concludendo, si precisa come la mancata attuazione nei termini dell’operazione deliberata in funzione di concordato possa integrare una causa oggettiva di risoluzione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 137 e 186 della Legge Fallimentare.

In sede esecutiva si dovrà, quindi, procedere col regolare gli effetti modificativi già prodottisi dell’operazione societaria, che non potrebbero rimanere automaticamente travolti dalla risoluzione del concordato omologato con decreto del tribunale.

A prescindere dalla connaturata irretroattività della invalidazione ovvero della risoluzione dei concordati giudiziali, ci si troverà dinanzi ad una modifica irreversibile dell’organizzazione societaria che discende sia dalle regole che governano la specifica operazione (ai sensi degli articoli 2379-ter, 2479-ter, 2500-bis, 2504-quater e 2506-ter c.c.), sia dal principio generale di non revocabilità delle deliberazioni già eseguite nei rapporti con i terzi⁸⁴.

⁸² Si pensi ad una proposta irrevocabile di sottoscrizione del deliberando aumento da parte di un terzo o di alcuni soci, eventualmente rafforzata dalla prestazione di una garanzia finanziaria; ovvero alla stipula di un accordo parasociale tra soci di società diverse, finalizzato ad un’operazione di integrazione tra imprese e sanzionato con idonee clausole penali.

⁸³ Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 77-2007/I, sopra citato.

⁸⁴ G. ZANARONE, *L’invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Trattato delle s.p.a.* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. III, tomo secondo, Torino, 1993, 324 ss.; G. MEO, *Gli effetti dell’invalidità delle deliberazioni assembleari*, Milano, 1998, 217; M. MALTONI, *Invalidità e inefficacia delle delibere assembleari*, Milano, 2001, 3; F. GUERRERA, *La responsabilità “deliberativa” nelle società di capitali*, Torino, 2004, 219 ss.; P. GUIDA, *La revoca della delibera di fusione*, in *Notariato*, 2005, 41 e ss.