**San Servolo 2022**

*Federico Rolfi: Appunti (perplessi) su alcuni profili del concordato in continuità*

1°

Il piano di continuità ed i riflessi sui criteri di distribuzione dell’attivo

Elementi desumibili dalle finalità del concordato in continuità enunciate dall’art. 84:

1. comma 2: finalità generale è la tutela dell’interesse dei creditori, ma l’affermazione va conciliata con quella che -verosimilmente- è la nuova “causa in concreto” del concordato: offrire *“ragionevoli prospettive impedire o superare l’insolvenza”* (art. 112, comma, 1, lett. f), oppure (meglio) *“impedire o superare l’insolvenza del debitore, garantire la sostenibilità economica dell’impresa (…) riconoscere a ciascun creditore un trattamento non deteriore rispetto a quello che riceverebbe in caso di liquidazione giudiziale”* (art. 87, comma 3):
	* non si ha più una finalità-vincolo di assicurare il miglior soddisfacimento dei creditori (art. 186-*bis* L.F.);
	* l’interesse dei creditori si riduce in concreto a vedersi assicurare almeno il medesimo trattamento che riceverebbero in sede di liquidazione giudiziale
2. si aggiunge la generica enunciazione della finalità di tutela dei posti di lavoro “nella misura possibile” (ma senza dire come);
3. comma 3: viene escluso qualunque vincolo della prevalenza dell’apporto delle risorse derivanti dalla continuazione dell’attività rispetto alle risorse ottenute dalla liquidazione
	* basta che i creditori vengano soddisfatti con le risorse della continuità *“in misura anche non prevalente”*;

Domanda: Non esiste quindi un limite minimo? Basta che il flusso di continuità impatti in misura anche minima sull’attivo complessivo?

Risposta: Sul piano letterale parrebbe sia così, ma è lecito domandarsi se si abbia una vera continuità (intesa come *“conservazione dei valori aziendali”* e come *“riequilibrio della situazione finanziaria”*) quando il contributo economico di quest’ultima sia minimo ed apparentemente simbolico.

E cioè, al di là della previsione normativa, e ragionando secondo criteri aziendalistici, quando si ha continuità?

* + se si accede alla tesi meno restrittiva, quindi, si ha concordato liquidatorio solo nei casi in cui i creditori non vengono soddisfatti in alcuna misura con il ricavato della continuità, ma solo con il ricavato della liquidazione (e con risorse esterne);
1. ai creditori deve essere assicurata una utilità *“specificamente individuata ed economicamente valutabile”* che però (cfr. 161 L.F.) può consistere anche nella prosecuzione o rinnovazione di rapporti con il debitore o il suo avente causa:
* viene affermata la possibilità di costruire “classi zero”, cioè classi di creditori cui non viene offerto un diretto soddisfacimento pecuniario o in beni, ma che trarranno soddisfacimento unicamente dalla prosecuzione dell’attività;
* tuttavia, questa utilità (come nell’art. 161 L.F.) deve essere individuata ed economicamente valutabile e quindi nel piano e nella proposta non può essere indicata in modo generico, ma va fatta oggetto di: individuazione (quale utilità?), quantificazione (quanto?) ed anche di forme indirette di garanzia (specifici impegni come contratti di fornitura in esclusiva etc.)

Le finalità nell’art. 84 si riflettono sui nuovi criteri di distribuzione dell’attivo:

1. art. 84 comma 5: regola generale (tutti i concordati): la capienza dei titolari di pegno, ipoteca, privilegio vedono calcolata la capienza dei propri diritti sui beni al valore di liquidazione (giudiziale), senza più riferimenti *“al valore di mercato”* (cfr. il vecchio 160 L.F., ma *cave!* cfr. 88 C.C.I. dove rimane il riferimento al valore di mercato), peraltro al netto delle spese di procedura;
2. art. 84 comma 6: i flussi di continuità -a differenza del valore di liquidazione- vengono sganciati dalla regola della *absolute priority rule* e disciplinati invece dalla *relative priority rule*:
* il plusvalore generato dalla continuità può essere distribuito senza rigido vincolo di graduazione alla sola condizione che il trattamento dei crediti inseriti in una classe sia almeno pari a quello delle classi di pari grado e più favorevole di quello delle classi di grado inferiore
* quindi i flussi di continuità non sono integralmente equiparati alle risorse esterne, in quanto non sono liberamente distribuibili, ma sono sottratti all’applicazione rigorosa dell’ordine delle cause di prelazione;
1. art. 84 comma 7: eccezione alla regola che precede per i crediti di lavoro per i quali torna ad operare in pieno l’*APR*; va poi rispettato l’art. 2116 c.c. (che impone di corrispondere il dovuto ai prestatori di lavoro anche in caso di inadempimento del datore di lavoro nel versamento dei contributi):
2. art. 84 comma 4: (dettato per il concordato liquidatorio ma non è chiaro perché la regola non sia applicabile anche alla continuità) diventano risorse esterne anche le risorse apportate “a qualunque titolo” dai soci purché:
3. non vi sia obbligo di restituzione o vi sia vincolo di postergazione;
4. il piano preveda la diretta destinazione di tali risorse a vantaggio dei creditori concorsuali.
* Quindi “diretta destinazione” va inteso nel senso che la risorsa conferita dal socio comunque non deve transitare nel patrimonio della proponente;
* Questo determina problemi nel caso in cui si voglia applicare la previsione anche al caso di continuità, perché il socio non può finanziare direttamente la continuità (ma comunque c’è il finanziamento prededucibile ex art. 102 C.C.I.)

Riflessi e novità sull’articolazione del piano, dettati dall’art. 87, comma 1:

* + lett. e): nel concordato in continuità (diretta e indiretta) il piano industriale deve indicare gli effetti sul piano finanziario ed i tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria
* previsione da leggere assieme al comma 3 che per la continuità prevede la specifica attestazione *“che il piano è atto a impedire o superare l’insolvenza del debitore, a garantire la sostenibilità economica dell’impresa (…)”*
* l’attestazione investe non solo la completezza e coerenza del piano ma anche la sua sostenibilità e la sua idoneità a riportare l’impresa in condizione di equilibrio finanziario
	+ lett. f): nel solo concordato in continuità diretta l'analitica individuazione dei costi e dei ricavi attesi, del fabbisogno finanziario e delle relative modalità di copertura, tenendo conto anche dei costi necessari per assicurare il rispetto della normativa in materia di sicurezza sul lavoro e di tutela dell’ambiente.

Art. 87, comma 3: correlata estensione del contenuto dell’attestazione del professionista nel caso di continuità: deve essere attestato anche che il piano è idoneo:

1. a impedire o superare l’insolvenza del debitore;
2. a garantire la sostenibilità economica dell’impresa;
3. a riconoscere a ciascun creditore un trattamento non deteriore rispetto a quello che riceverebbe in caso di liquidazione giudiziale.

Ma ricordare ulteriori previsioni:

1. art. 7, comma 2, lett. b): il piano deve essere *“non manifestamente inadeguato a raggiungere gli obiettivi prefissati”*;
2. art. 47, comma 1, lett. b): il piano deve essere *“non manifestamente inidoneo”* (alla soddisfazione dei creditori e) alla conservazione dei valori aziendali;
3. art. 112, comma 1, lett. f): il piano non deve essere: *“privo di ragionevoli prospettive di impedire o superare l’insolvenza”*.

Quindi il piano deve essere:

1. non manifestamente inadeguato a raggiungere gli obiettivi prefissati (art. 7, comma 2, lett. b);
2. non manifestamente inidoneo alla conservazione dei valori aziendali (art. 47, comma 1, lett. b);
3. idoneo ad assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria (art. 87, comma 1, lett. e);
4. atto a impedire o superare l’insolvenza del debitore (art. 87, comma 3);
5. atto a garantire la sostenibilità economica dell’impresa (art. 87, comma 3);
6. non privo di ragionevoli prospettive impedire o superare l’insolvenza(art. 112, comma 1, lett. f).
* **notare la diversa dizione tra art. 87, comma 3 ed art. 112, comma 1, lett. f)**: in un caso il presupposto e formulato in via positiva; nell’altro in via negativa [*rectius* “non negativa”: *“non privo”*]
* **notare l’oscillazione terminologica** tra “manifestamente” e “ragionevole”

Domanda: Quali sono le conseguenze in caso di incertezza sulla idoneità/inidoneità? Chi deve provare cosa? Il debitore la “non inidoneità” o il creditore la “idoneità”?

Risposta: Appare preferibile un’interpretazione che segue l’elaborazione della Cassazione nella vigenza della Legge Fallimentare: quindi quella che va valutata è la **inidoneità**, peraltro **manifesta** e quindi nel dubbio dovrebbe omologarsi.

Tutto questo deve comunque essere oggetto di descrizione (e attestazione) completa, non apodittica, argomentata, riscontrata e -non si dimentichi- accompagnata da *stress tests* e dall’indicazione delle *“iniziative da adottare qualora si verifichi uno scostamento dagli obiettivi pianificati”* (art. art. 87, comma 1, lett. i).

Ci troviamo di fronte ad elementi che, se inadeguatamente rappresentati o supportati, impattano ancor prima che sulla fattibilità anche direttamente sulla stessa ammissibilità della proposta.

Anche i profili che rientrano esplicitamente nella fattibilità (art. 47: soddisfazione dei creditori e conservazione dei valori aziendali) postulano in ogni caso una previa adeguata ricostruzione e descrizione, in quanto il giudizio di fattibilità può esprimersi su una prospettazione che abbia almeno una sua adeguata completezza.

Qui si pone il tema, ad esempio, di cosa sia l’attestazione, ed in particolare se un’attestazione gravemente carente sia in realtà una “non attestazione”.

In ogni caso:

* scompare il miglior soddisfacimento dei creditori: è sufficiente un trattamento non deteriore 🡪 ma allora che valore ha l’enunciato dell’art. 84, comma 2 (*“La continuità aziendale tutela l’interesse dei creditori”*)? Se il concordato semplicemente non deve dare ai creditori meno della liquidazione, come si tutela tale interesse?
* In realtà ci saranno creditori che prenderanno ben di più del valore di liquidazione (altrimenti nella continuità non ci sarebbe valore aggiunto rispetto alla liquidazione e non sarebbe continuità) e, del resto, l’unico limite è l’art. 112, comma 1, lett. b) nel *cross class cram down* 🡪 il risultato finale è semplicemente quello di favorire una distribuzione asimmetrica dei flussi di continuità (oltre che delle risorse esterne)

Art. 86: la moratoria:

* eliminazione dei limiti temporali alla moratoria dei creditori privilegiati al di fuori dei casi di liquidazione dei beni su cui insiste la prelazione;
* viene meno il criterio di calcolo del voto originariamente previsto al comma 1;
* solo per i crediti da lavoro limite massimo di moratoria a sei mesi.

2°

“Uno, nessuno e centomila”: i *cram down* nel C.C.I.

Appare opportuno partire dalle maggioranze necessarie per l’omologazione, perché la relativa disciplina impatta poi sui caratteri del *cram down*.

L’art. 109 distingue tra concordato liquidatorio e concordato in continuità.

*A) Concordato liquidatorio*

È approvato se:

1. in assenza di classi (ipotesi ormai remota: cfr. art. 85.2),
* ottiene il voto favorevole della maggioranza dei crediti ammessi al voto (calcolo per crediti e non *per capita*);

**oppure**

(qualora un solo creditore sia titolare di più del 50% dei crediti ammessi)

* ottiene il voto favorevole sia della maggioranza dei crediti ammessi al voto sia della maggioranza per teste dei votanti (non dei creditori ammessi al voto)

**quindi** se un creditore ha il 51%, altri due creditori si dividono il 29%, ma il residuo 20% è in mano a dieci creditori (totale 13 creditori), il voto favorevole dei primi tre, anche se assomma all’80% dei crediti, non vale a far passare il concordato se meno di altri quattro creditori votano a favore e tutti gli altri si esprimono contro.

Domanda: Si computano anche quelli che omettono di votare (silenzio che, ex art. 107 C.C.I., dovrebbe valere come dissenso)?

Risposta: Apparentemente no: la norma è chiara nel dire che in questo caso si computano i voti “espressi”: quindi dovrebbero computarsi solo i voti espressamente contrari (oltre a quelli favorevoli).

1. in caso di divisione in classi, ottiene il voto favorevole della maggioranza delle classi (all’interno delle quali la maggioranza appare sempre calcolata per crediti e non per teste)

*B) Concordato in continuità*

È approvato se tutte le classi votano a favore (art. 109.5).

Ma quando una classe vota a favore?

Una classe vota a favore:

1. se è raggiunta la maggioranza dei crediti ammessi nella classe medesima (maggioranza di voti favorevoli);

Domanda: E se un solo creditore ha più del 50% dei crediti della classe? Si applica o no il comma 1, secondo periodo? È una regola generale oppure è limitata al concordato liquidatorio?

Risposta: Sembra più corretta la risposta negativa perché la regola non è richiamata. La regola sembra dettata per evitare la creazione abusiva delle classi, ma si deve tenere conto del fatto che nel caso del concordato in continuità il classamento obbligatorio è molto più ampio, e che quindi la creazione di classi con creditori preponderanti potrebbe essere persino inevitabile.

**Ma resta il problema del classamento artificioso.**

1. se, pur non essendo raggiunta nella singola classe la maggioranza dei crediti ammessi, comunque hanno espresso voto i titolari di almeno la metà dei crediti inseriti nella classe (*quorum* costitutivo) e, di questi, i titolari di almeno 2/3 di “crediti votanti” hanno espresso voto favorevole (*quorum* deliberativo) 🡪 ipotesi minima 2/3 del 50%= 33,33% dei crediti inseriti nella classe (***cave!*** In teoria se un creditore inserito nella classe ha più del 33,33% può rendere da solo la classe “consenziente”).

Tutto ciò rammentando la regola dettata per i creditori privilegiati, i quali

► non votano se ricorrono congiuntamente queste condizioni:

1. ne è prevista la soddisfazione I) in denaro, II) integralmente, III) entro centottanta giorni dall’omologazione (termine ridotto a trenta giorni per i titolari di crediti di lavoro);
2. la garanzia reale che assiste il credito ipotecario o pignoratizio resta ferma, funzionale al loro pagamento, fino alla liquidazione dei beni e diritti sui quali sussiste la causa di prelazione;

► mentre votano in assenza di tali condizioni e, per la parte incapiente, sono inseriti in una classe distinta.

Si possono ora esaminare le varie ipotesi di *cram down* offerte dal C.C.I.

*A) Il Cram down nel concordato liquidatorio*

Presuppone l’opposizione:

1. in assenza di classi di uno o più creditori dissenzienti che rappresentino almeno il 20% del montante crediti ammesso al voto;
2. in caso di divisione in classi anche di un solo creditore dissenziente, purché appartenente ad una classe dissenziente.

Il Tribunale omologa lo stesso (*“può omologare….”* ) se il credito (o i crediti) del (-i) dissenziente (-i) *“possa risultare”* soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale.

Domanda: Che vuol dire *“possa risultare”*? è una probabilità o una certezza?

Risposta: Le garanzie per il dissenziente impongono di ritenere che vi debba essere quantomeno una ragionevole probabilità.

*B) Il Cram down nel concordato in continuità*

*I) L’ipotesi della mancata approvazione (cross class cram down)*

Tra questa ipotesi (112.2) ed il *cram down* nel concordato liquidatorio (112.5) vi è una fondamentale differenza:

* nel caso del *cram down* del concordato liquidatorio il concordato è stato approvato;
* nel *cross class cram down* ci si trova di fronte ad un concordato che formalmente non è approvato, ma viene omologato lo stesso.

Ciò spiega perché, nel secondo caso, la norma non menziona opposizione dei creditori perché, in realtà, **il concordato non è approvato**, visto che non ha ottenuto l’unanimità delle classi (anche nello scenario debole dell’approvazione al 33,33% dei crediti) e quindi dovrebbe essere dichiarato inammissibile.

È infatti il debitore (o l’autore di una proposta concorrente, ma col consenso del debitore) che chiede di procedere comunque all’omologazione.

Se manca la richiesta (nonché il consenso in caso di proposte concorrenti) il concordato **non si omologa**. **Il meccanismo non opera d’ufficio**.

Domanda: Cos’è la richiesta?

Risposta: È inevitabilmente un ricorso per omologazione…….

Domanda: E il “consenso”? Accompagna il ricorso per omologa?

Risposta: Verosimile che debba essere acquisito dal Tribunale dopo il ricorso per omologa.

Quindi, in assenza di voto favorevole di tutte le classi, per l’omologa occorrono congiuntamente anche le ulteriori condizioni:

1. il valore di liquidazione è distribuito rispettando la “graduazione delle cause legittime di prelazione”;
2. il valore eccedente quello di liquidazione (il c.d. “surplus concordatario”) è distribuito in modo tale che i crediti inclusi nelle classi dissenzienti ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore (positivizzazione della *relative priority rule*), salva l’applicazione della *absolute priority rule* per i crediti da lavoro;
3. nessun creditore riceva più dell’importo del proprio credito (?!?);
4. la proposta sia approvata:
5. dalla maggioranza delle classi purché una di esse (di quelle che approvano) sia formata da creditori titolari di diritti di prelazione;

oppure

*“in mancanza”*

1. da almeno una classe di creditori che sarebbero almeno parzialmente soddisfatti rispettando la graduazione delle cause legittime di prelazione anche sul valore eccedente quello di liquidazione (cioè goda dell’applicazione della *absolute priority rule*)

Domanda: A cosa è riferita la locuzione *“in mancanza”*? Di cosa? Della maggioranza delle classi? Dell’approvazione di almeno una classe con diritti di prelazione? Di classi con creditori aventi diritto di prelazione?

Risposta: ???.

*II) L’ipotesi dell’opposizione del creditore*

Nell’art. 112, comma 3, compare l’ipotesi del creditore dissenziente opponente che eccepisce il difetto di convenienza della proposta.

Nulla sembra essere detto sui presupposti legittimanti di tale opposizione:

1. può essere un dissenziente di classe che ha votato a favore?

**SI**

1. è irrilevante la misura del credito?

**SI**

1. si tratta di un *cram down* riferito al caso in cui il concordato abbia ricevuto l’approvazione dell’unanimità delle classi?

**SI ma probabilmente non a questa sola ipotesi**

In questo caso il tribunale omologa quando *“secondo la proposta e il piano”* il credito risulta soddisfatto in misura non inferiore alla liquidazione giudiziale.

Domanda: Che vuol dire *“secondo la proposta e il piano”*? Significa che proposta e piano non sono sindacabili? E allora come si fa a contestare?

Risposta: Anche in questo caso la risposta non è semplice, ma è chiaro che sia il creditore che il Tribunale debbono poter andare oltre la proposta e il piano, perché altrimenti l’opposizione si potrebbe fare solo di fronte a proposta e piano palesemente non convenienti. Più verosimile che la locuzione stia a significare, appunto, che proposta e piano sono il necessario oggetto delle critiche del creditore e che quindi l’opposizione non può basarsi solo su fattori del tutto estranei a questi elementi 🡪 bisogna criticare le indicazioni di proposta e piano.

*Adde* l’art. 112, comma 4, stabilisce che *“In caso di opposizione proposta da un creditore dissenziente, la stima del complesso aziendale del debitore è disposta dal tribunale solo se con l’opposizione è eccepita la violazione della convenienza di cui al comma 3 o il mancato rispetto delle condizioni di ristrutturazione trasversale di cui al comma 2.”*

* ne consegue che negli altri casi la stima del complesso aziendale non può essere oggetto di una verifica dell’ufficio e deve quindi essere recepita dal tribunale.

C) Il *cram down* tributario e contributivo

Anche qui bisogna prendere le mosse dal voto e dalle maggioranze.

Art. 88, comma 1: viene “fatto salvo”, nel caso del concordato in continuità il disposto dell’art. 112, comma 2, e quindi del particolare *cross class cram down* previsto da quest’ultima.

Al di là di questo dato, tuttavia, il problema è se sia applicabile alla continuità lo specifico *cram down* fiscale.

Problema del rapporto con il disposto dell’art. 88, comma 2-*bis* (la norma che prevede il c.d. *cram down* fiscale) che tuttavia è riferito alle sole percentuali di cui all’art. 109, comma 1, e quindi alle sole percentuali del concordato liquidatorio (con un meccanismo che peraltro echeggia l’art. 112, comma 3).

Quindi al concordato in continuità non si applica il *cram down* fiscale?

Così dice la Relazione illustrativa……ma alcuni dissentono.

Un **primo** tentativo di distinzione **descrittiva**:

1. l’art. 112, comma 2, è norma particolare che vale a superare il mancato raggiungimento della unanimità delle classi:
2. non “converte” il voto della classe (che rimane negativo) e quindi non vale a “rovesciare” tale voto come l’art. 88, comma 2-*bis*;
3. concerne un’ipotesi che non postula necessariamente un’opposizione basata sulla non convenienza (come l’art 112, comma 3), in quanto opera anche in assenza di opposizione (vedi dopo).

Chiarendo:

* sarà il tribunale ad operare d’ufficio -*id est* anche in assenza di deduzioni dei creditori- le verifiche di cui all’art. 112, commi 1 e 2 (che comunque comprendono il rispetto della *RPR*);
* questo non impedisce che un creditore, proprio per evitare l’omologa con *cross class cram down*, proponga comunque opposizione ai sensi del comma 3, per chiedere l’applicazione del *cram down* “ordinario”.
1. l’art. 88 comma 2-*bis* è una regola sul calcolo -anzi sulla formazione- delle maggioranze, e “converte” la mancata adesione in adesione, rendendo il creditore virtualmente “aderente”, anche se non gli impedisce di fare comunque opposizione e di contestare il carattere “non deteriore” del trattamento (nonché di contestare in generale gli altri requisiti di legge per l’omologa).

L’art. 88, comma 2-*bis*,tuttavia, è riferito alle sole maggioranze di cui all’art. 109, comma 1, e quindi in sostanza al meccanismo di raggiungimento della maggioranza delle classi (fisco e previdenza verranno necessariamente classati a parte ex art. 85.2, anche se l’art. 88.1 continua a contemplare la suddivisione in classi come eventuale) **nel concordato liquidatorio**.

Sembra da escludere che il richiamo che l’art. 109, comma 1 opera, a propria volta, al proprio comma 5 comporti l’applicabilità dell’art. 88, comma 2-*bis* anche alla fattispecie delle maggioranze nel concordato in continuità, disciplinata appunto dall’art. 109, comma 5.

* Detto in altri termini, in un concordato in continuità, qualora le uniche classi dissenzienti siano quelle (o quella) in cui sono collocate l’amministrazione finanziaria o gli enti gestori della previdenza, non è applicabile il meccanismo dell’art. 88, comma 2-*bis* al fine di rendere favorevole il voto di queste classi, in modo da raggiungere il presupposto della unanimità delle classi di cui all’art. 109, comma 5.
* In questo scenario bisogna ricorrere al *cross class cram down* di cui all’art. 112, comma 2 che, tuttavia, non è coordinato con l’art. 88, comma 1.

Quindi si può proporre un **secondo** tentativo di distinzione **funzionale**.

1. L’art. 88, comma 2-*bis* è norma:
2. dedicata espressamente al voto dell’amministrazione finanziaria o dell’ente gestore delle forme di previdenza o assistenza;
3. opera ai soli fini del calcolo delle maggioranze di cui all’art. 109, comma 1, e **quindi nel solo ambito del concordato liquidatorio**;
4. stante il necessario -ex art. 85.2- classamento separato di tali enti ove non integralmente soddisfatti (quindi sarà un concordato liquidatorio con classi) vale a consentire il raggiungimento della maggioranza delle classi favorevoli (**e quindi se tale maggioranza è già raggiunta non si applica**);
5. non preclude l’opposizione e l’applicazione del meccanismo del *cram down* di cui all’art. 112, comma 5;
6. non si applica al concordato in continuità.
7. L’art. 112, comma 2, è norma:
8. di applicazione generale, e quindi non destinata specificamente al voto dell’amministrazione finanziaria o dell’ente gestore delle forme di previdenza o assistenza;
9. opera in uno scenario in cui l’unanimità (e non le semplici maggioranze) richiesta dall’art. 109, comma 5, non è stata raggiunta, neppure con il meccanismo di formazione della maggioranza “fittizia”, contemplato sempre dall’art. 109, comma 5;
10. non vale a consentire il raggiungimento “fittizio” dell’unanimità delle classi;
11. opera in uno scenario in cui non occorre l’opposizione dei creditori (se non per bloccare e far respingere la richiesta del debitore) per il semplice motivo che -assente l’unanimità- il concordato sarebbe tecnicamente inammissibile e non ci sarebbe bisogno di fare opposizione;
12. determina l’operatività del c.d. *cross class cram down*;
13. **tuttavia**, nel caso dell’amministrazione finanziaria o dell’ente gestore delle forme di previdenza o assistenza trovano comunque applicazione i più rigidi parametri minimi di soddisfacimento di cui all’art. 88, comma 1 (*e.g.* capienza valutata sul valore di mercato del bene; trattamento del chirografo non inferiore a quello della classe di chirografari meglio trattati)

E difatti l’art. 88, comma 2, prevede che nel caso di concordato in continuità vi sia una relazione del professionista indipendente che deve attestare anche che il trattamento applicato all’amministrazione finanziaria o all’ente gestore delle forme di previdenza o assistenza non è deteriore.

Obiezione: questo significa che in tutti i concordati in continuità ove vi sono (e sono la maggioranza) debiti tributari e contributivi -stante la tendenza dell’amministrazione finanziaria e degli enti gestori della previdenza a non esprimere voto favorevole- sarà difficilissimo avere l’unanimità delle classi.

Risposta: poco male perché il *cram down* fiscale serve ad evitare che la mancata adesione precluda irreversibilmente l’omologa: in presenza di un meccanismo molto più coercitivo come il *cross class cram down* non sembra essere necessario il ricorso al *cram down* fiscale.

Attenzione: in realtà, in un caso il *cram down* fiscale potrebbe essere necessario: quando manca il presupposto della lett. d) dell’art. 112, comma 2).

L’*argumentum ab inconvenienti* è sufficiente a far cambiare idea?

Postilla: è applicabile l’art. 112 comma 3 anche nello scenario dell’art. 112, comma 2?

Sembrerebbe di no perché l’art. 112 comma 3 presuppone che la proposta abbia raggiunto il consenso dell’unanimità delle classi ma che vi sia un creditore dissenziente che eccepisce il difetto di convenienza della proposta.

Però nulla impedisce che -in generale- un creditore proponga opposizione “in prevenzione” o “in riconvenzionale” rispetto alla richiesta del debitore (o dell’autore della proposta concorrente) ex art. 112, comma 2.

Nel caso dell’amministrazione finanziaria o dell’ente gestore delle forme di previdenza o assistenza è evidente che il separato classamento, comporta, in caso di dissenso -e quindi voto contrario- il mancato raggiungimento dell’unanimità delle classi. però anche l’amministrazione finanziaria o l’ente gestore delle forme di previdenza o assistenza potrebbero avere interesse a contestare con l’opposizione l’omologa “forzata” di cui all’art. 112, comma 2.

🡪 In realtà non sarebbe una opposizione ex art. 112.3, ma un’opposizione ex art. 88.

D) Il *cram down* con soci

Art. 120-quater: “fermo quanto previsto dall’art. 112”, se il piano prevede che “il valore risultante dalla ristrutturazione” (cioè il plusvalore di continuità) sia riservato anche ai soci anteriori alla presentazione della domanda, in caso di dissenso di una o più classi, il concordato è omologato se:

* + 1. il trattamento offerto a ciascuna classe dissenziente è almeno eguale a quello delle altre classi di eguale rango e migliore di quello offerto alle classi di rango inferiore, anche nel caso in cui “a tali classi” (quelle non opponenti) venisse destinato il valore assegnato ai soci;

**oppure**

(in assenza di classi di rango pari o inferiore a quella dissenziente, e cioè se la classe dissenziente è quella posta immediatamente prima dei soci)

* + 1. “il valore” (assoluto o in percentuale?) destinato al soddisfacimento dei creditori appartenenti alla classe dissenziente è superiore a quello “complessivamente riservato ai soci.