

IL CONCORDATO MISTO: PREVALENZA QUANTITATIVA O QUALITATIVA?

LA SOLUZIONE LEGISLATIVA E GLI (OPPOSTI) ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

di FRANCESCO MAROTTA

SOMMARIO: 1. Dal contratto misto al concordato misto. – 2. Prevalenza e combinazione come criteri di determinazione della disciplina applicabile. – 3. Le criticità connesse all'utilizzo del criterio di prevalenza quantitativa. – 4. La prevalenza funzionale. – 5. Il concetto di prevalenza alla luce dei principi contenuti nella Legge Delega n. 155/2017.

1. Dal contratto misto al concordato misto.

Il concordato “misto”, quale fattispecie concordataria il cui piano prevede sia la liquidazione dei beni non funzionali sia la continuazione delle attività aziendali, è da sempre foriera di dubbi tanto in dottrina quanto in giurisprudenza.

E' evidente come il principale interrogativo riguardi la disciplina normativa applicabile, stante la riconducibilità del concordato misto tanto alle norme di cui agli art. 160 e 182 l.f. quanto alle speciali disposizioni previste dall'art. 186-bis l.f..

Prima di analizzare quale sia la soluzione preferita dal legislatore, esplicitata peraltro nella Legge Delega n. 155/2017, occorre tuttavia soffermarsi sulle diverse teorie volte ad identificare il criterio da utilizzare per individuare la norma, o le norme, applicabili al caso di specie.

Questo peraltro pare essere approfondimento necessario visto che, nonostante la Legge Delega propenda per adottare il criterio della prevalenza, seppur quantitativa, vi sono ancora oggi giudici di merito che preferiscono valorizzare l'opposta teoria della c.d. "combinazione" o comunque prediligono il diverso principio della prevalenza funzionale¹.

Nonostante la diversità degli orientamenti formatisi sul punto, tutte le teorie citate sono state elaborate in ambito diverso da quello concorsuale, al fine di dare soluzione alle criticità interpretative poste dal c.d. contratto "misto", negozio che presenta contenuti tipici di differenti tipologie contrattuali².

A prima vista la questione inerente alle sorti del contratto misto potrebbe essere accostabile a quella che qui ci riguarda e ciò legittimerebbe, pertanto, l'utilizzo dei criteri formulati dalla giurisprudenza in riferimento alla fattispecie contrattuale mista.

E' da notare, tuttavia, che assimilabilità tra questioni non è sinonimo della loro identità, specie per via del fatto

¹ Interessante risulta essere l'ultima pronuncia in merito del Tribunale di Como del 27.2.2018, pubblicata su *ilcaso.it*, con la quale si ribadisce come la teoria della "combinazione" sia quella più aderente alla realtà dei fatti e che, in ogni caso, il criterio della prevalenza non possa operare avendo come punto di riferimento esclusivamente il profilo quantitativo della proposta di concordato.

² Il contratto misto è un negozio che non presenta una pluralità di cause ma, come ricordato costantemente dalla giurisprudenza, presenta una causa unitaria e costituisce atto inscindibile. Questo carattere peraltro permette all'interprete di tenere distinto il negozio misto dal c.d. collegamento negoziale, poiché solo nel secondo caso vi sono contratti differenti, seppur collegati, cui corrispondono cause diverse. La giurisprudenza di legittimità ha definito il contratto misto come negozio nel quale diversi contratti si combinano perdendo la loro individualità e dando vita ad un rapporto che si fonda su di una causa unitaria. Il contratto misto, inoltre, deve essere tenuto distinto dal contratto complesso, contrassegnato dall'esistenza di una causa unica, che si riflette sul nesso intercorrente tra le varie prestazioni con un'intensità tale da precludere che ciascuna delle predette prestazioni possa essere rapportata ad una distinta causa tipica e faccia sì che le prestazioni si presentino tra loro organicamente interdipendenti e tendenti al raggiungimento di un intento negoziale oggettivamente unitario. In tal senso si veda Cass. Civ., sent. 5.12.2017, n. 29111; Cass. Civ., sent. 1.3.2016 n. 4047; Cas. Civ. sent. 22.3.2013, n. 7255; Cass. Civ., sent. 10.7.2008, n. 18884; Cass. Civ. sent. 28.3.2006, n. 7074; Cass. Civ., sent. 22.6.2005, n. 13399; Cass. Civ., sent. 12.7.2005, n. 14611. In dottrina, sul contratto misto, per tutti si veda BIANCA, Diritto Civile, 3, *Il contratto*, GIUFFRÈ, 2000, pag. 479 ss.

che il concordato preventivo non può essere paragonato *tout court* ad un contratto³.

In verità, la natura del concordato preventivo è tutt'ora oggetto di un dibattito mai sopito e che qui non interessa approfondire, se non con l'unico scopo di precisare che le teorie sul contratto misto potranno trovare spazio in campo concorsuale fintanto che si tenga presente delle particolarità che contraddistinguono l'istituto concordatario.

2. Prevalenza e combinazione come criteri di determinazione della disciplina applicabile.

Tornando quindi al quesito iniziale, occorre distinguere i due criteri principali in base ai quali gli interpreti hanno determinato la disciplina da applicare al contratto misto.

Il primo, detto della "combinazione", impone di differenziare i contenuti del regolamento negoziale per applicarvi la normativa relativa al contratto "tipo" di riferimento, così che all'interno dello stesso rapporto possano convivere ed operare norme diverse; il secondo, dell'"assorbimento" o "prevalenza", vuole invece che il contratto sia governato unitariamente secondo la disciplina del negozio giudicato essere prevalente⁴.

³ Dopo la riforma della Legge Fallimentare apportata con il D.Lgs n. 169/2007 è stato senz'altro accentuato il carattere negoziale della procedura concordataria. Le Sezioni Unite hanno infatti ricordato che *"Dopo la riforma, il concordato preventivo non solo ha mantenuto la funzione di prevenire il fallimento attraverso una soluzione alternativa della crisi, ma tale funzione viene svolta con un accentuato carattere negoziale dell'istituto e con un ridimensionamento dei connotati pubblicistici: è affidata perciò soltanto ai creditori, sia pure sulla base di un'informazione la cui correttezza e completezza è controllata dal tribunale, la valutazione di convenienza della proposta di concordato e della fattibilità economica del relativo piano, restando consentita al tribunale solo la valutazione della fattibilità giuridica, anche sotto il profilo della idoneità ad assicurare il soddisfacimento della causa della procedura"* (Cass. Civ. SS.UU., sent. 15.5.2015, n. 9935). Ribadire la spiccata vocazione negoziale del concordato non implica tuttavia che lo si possa, in tutto e per tutto, assimilare ad un vero e proprio contratto.

⁴ Per un'analisi dettagliata ed un raffronto delle diverse teorie sul punto si rimanda a DEL PRATO, *Le basi del diritto civile*, GIAPPICHELLI, Torino, 2012, pag. 142 ss.

La giurisprudenza, in realtà, sembra essere assestata su di una posizione intermedia in virtù della quale l'integrazione tra diverse norme dovrebbe essere favorita finché tale integrazione non comporti problemi di compatibilità tra le norme stesse⁵. In quest'ultimo caso e solo in questo, allora, dovranno essere preferite le disposizioni relative al contratto prevalente.

Nel caso del concordato misto la situazione giurisprudenziale risulta essere sensibilmente differente poiché pare esservi stata una netta divisione tra Tribunali che hanno ritenuto meritevole il criterio della combinazione⁶,

Autorevole dottrina non ha mancato di muovere importanti critiche al criterio della prevalenza, preferito dalla Giurisprudenza di Legittimità che però pare lasciare comunque un certo margine di operatività all'integrazione tra norme che regolano diversi contratti tipici. In tal senso si è espresso GALGANO, in *Trattato di Diritto Civile*, Vol. 2, 2014, pag. 461 ss, ove si sottolinea che “*c'è una evidente contraddizione fra la qualificazione del contratto come contratto con causa mista e la sua sottoposizione alla disciplina relativa alla causa giudicata prevalente. Si finisce, a questo modo, con il frustrare lo stesso principio di atipicità giacché “contratto complesso e contratto misto si riducono sempre a contratto tipico, secondo la regola della prevalenza”*”. In senso conforme anche SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, Padova, 1995. Si segnala peraltro che combinazione e prevalenza sono soltanto le più importanti tra le tesi prospettate tra cui vi è anche quella dell'analogia, per la quale si dovrebbero applicare gli “*stessi criteri dell'analogia utilizzati per individuare la regolamentazione dei contratti innominati*” (così MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952, 229).

⁵ Priva di fondamento risulta essere l'affermazione per cui la giurisprudenza abbia abbracciato senza riserve il criterio dell'assorbimento. Se si analizzano le recenti decisioni della Giurisprudenza di Legittimità si nota un orientamento, peraltro costante dal 1979 (Cass. Civ., sent. 10.3.1979, n. 1494), in virtù del quale l'utilizzo del metodo della combinazione sia comunque consentito quando non comporti l'applicazione di norme tra loro incompatibili: “*il contratto deve essere assoggettato alla disciplina unitaria del contratto prevalente (e la prevalenza si determina in base ad indici economici od anche di tipo diverso, come la “forza” del tipo o l'interesse che ha mosso le parti), salvo che gli elementi del contratto non prevalente, regolabili con norme proprie, non siano incompatibili con quelli del contratto prevalente, dovendosi in tal caso procedere, nel rispetto dell'autonomia contrattuale (art. 1322 cod. civ.), al criterio della integrazione delle discipline relative alle diverse cause negoziali che si combinano nel negozio misto*” (Cass. Civ., sent. 22.6.2005, n. 13399 in Mass. Giur. It., 2005. Tale impostazione è stata confermata dalle successive pronunce della Corte di Cassazione. *Ex multis* si vedano Cass. Civ. SS.UU., sent. 27.3.2008, n. 7930; Cass. Civ. SS.UU., sent. 12.5.2008, n. 11656; Cass. Civ., sent. 17.11.2010, n. 23215; Cass. Civ., sent. 12.12.2012, n. 22828).

⁶ Trib. Torre Annunziata, 29.7.2016 in *ilcaso.it*; Trib. Ravenna, sent. 28.4.2015 in *ilcaso.it*; Trib. Forlì, sent. 24.12.2014; Trib. Ancona, 20.6.2016 in *ilcaso.it*.

applicando così sia le norme sul concordato liquidatorio che quelle sul concordato in continuità, e Corti che hanno invece preferito affidarsi al principio dell'assorbimento⁷.

Non mancano tuttavia pronunce aderenti all'intermedia teoria dell'integrazione ed in tal senso si riporta quanto affermato dal Tribunale di Firenze, che rilevava come “*nel concordato misto deve trovare applicazione la disciplina del piano concordatario prevalente salva la possibilità di applicazione di entrambe le regolamentazioni ove non siano incompatibili secondo il criterio dell'integrazione*”⁸.

La tesi prospettata dai giudici fiorentini appare razionale da un punto di vista meramente astratto ma sconta un problema ineludibile derivante dall'inconciliabilità in concreto delle norme che fissano differenti presupposti di ammissibilità della domanda di concordato preventivo, gravando peraltro il proponente di oneri documentali di diversa portata.

Ci si riferisce, *oborto collo*, alla previsione della percentuale minima di pagamento dei chirografari nella misura del 20%, ai fini dell'ammissione, nel concordato liquidatorio⁹.

Queste precisazioni non vanno svolte per destituire di fondamento la tesi dell'integrazione ma, solamente, per dar conto del fatto che in tema di concordato preventivo misto la stessa porterà a risultati poco appaganti in quanto la combinazione tra discipline non potrà mai operare rispetto ai profili di ammissibilità della domanda, pregnanti in un'ottica procedurale, anche perché postulare che per il piano in continuità è possibile proporre un

⁷App. Genova, sent. 6.7.2018; Trib. Ravenna, 15.1.2018; Trib. Udine, 28.2.2017; Trib. Macerata, 12.1.2017; Trib. Massa, 29.9.2016; Trib. Monza, 26.7.2016; Trib. Alessandria, 22.3.2016; Trib. Alessandria, 18.1.2016; Trib. Pistoia, 29.10.2015; Trib. Siracusa, 23.12.2015; Trib. Busto Arsizio, 1.10.2014; Trib. Nola, 23.9.2014; Trib. Vercelli, 13.8.2014; Trib. Trento, 19.6.2014; Trib. Monza, 13.9.2013; tutte pubblicate nel portale www.ilcaso.it.

⁸ Trib. Firenze, 2.11.2016, in *ilcaso.it*. In senso conforme anche Trib. Roma, 22.4.2015, in *ilcaso.it*.

⁹ L'art. 160, al co. 3, prevede infatti che “*la proposta di concordato preventivo deve assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari. La disposizione di cui al presente comma non si applica al concordato con continuità aziendale di cui all'art. 186-bis l.f.*”.

soddisfacimento inferiore al 20% e per il piano liquidatorio un soddisfacimento almeno pari al 20% è esercizio improponibile, per la semplice ragione che prevarrà, sempre, il necessario rispetto della percentuale minima¹⁰.

La situazione non pare essere diversa nemmeno se si prendono in considerazione aspetti della procedura che esulano dai profili di ammissibilità della domanda. Per quanto concerne la possibilità di nominare un liquidatore nel concordato misto, ad esempio, sono da condividersi le osservazioni di quanti hanno negato il senso di una simile nomina, sia per il mancato rinvio all'art. 182 l.f., sia perché la funzione gestoria del liquidatore è compatibile solo con il concordato liquidatorio¹¹.

A chi scrive dunque pare che la teoria dell'integrazione non sia di per sé illogica ma semplicemente nei fatti impraticabile, per via dell'impossibilità di far collimare le due diverse discipline.

Ecco dunque il perché di una frattura più marcata tra diverse posizioni e di una maggiore sensibilità della giurisprudenza verso il criterio dell'assorbimento, confortato dopotutto anche dalla stessa formulazione dell'art. 186-bis l.f. che, come già evidenziato, oltre a prevedere la possibilità di liquidare i beni non funzionali, non fa alcun espresso richiamo alle norme sul concordato liquidatorio.

¹⁰ FABIANI, *Riflessioni sistematiche sulle addizioni legislative in tema di crisi d'impresa*, NLCC, 2016, 10, n. 7.

¹¹ Per comprendere i termini della questione appare utile esaminare una particolare vicenda giudiziaria dalla quale è scaturito un contrasto interpretativo tra il Tribunale di Roma e la Corte d'Appello. I giudici di primo grado, con decr. 31.7.2015, avevano ritenuto condivisibile la tesi dell'integrazione e pertanto applicabili le norme sulla nomina del liquidatore anche nel caso di concordato misto. La Corte di Appello, decr. 23.5.2016, decidendo sul reclamo proposto dalla società proponente, aderiva al tuttavia al diverso orientamento che fa leva sulla prevalenza, rilevando inoltre l'inopportunità della nomina del liquidatore, viste le inconciliabili differenze che vi sono tra concordato liquidatorio e concordato con continuità aziendale. In tal senso propendono illustri autori tra cui CAMPIONE, in *La nomina del liquidatore nel concordato misto*, portale ilFallimentarista, 2016 e LAMANNA, *Che cos'è e quando è configurabile un concordato misto?*, nel medesimo portale.

3. Le criticità connesse all'utilizzo del criterio di prevalenza quantitativa.

Per quanto riguarda la valutazione dei contenuti di piano e proposta, allora, l'utilizzo del canone della prevalenza appare essere non solo ragionevole ma necessario per evitare insanabili contrasti normativi.

Ciò detto, però, il succitato criterio lasciava e continua a lasciare delle perplessità in ordine allo stesso significato di prevalenza o, meglio, al metodo da utilizzare per determinare quale tipologia concordataria sia da considerarsi prevalente, sempre che di diverse tipologie di concordato si possa parlare¹².

Il problema non è di poco conto visto che, se non si tracciassero con precisione i confini applicativi del concordato con continuità aziendale, si permetterebbe al debitore di servirsi del concordato misto e del regime vantaggioso previsto dall'art. 186-bis l.f. per eludere l'obbligo relativo alla percentuale minima di pagamento dei creditori chirografari ed usufruire così di tutta una serie di agevolazioni concesse al debitore che veda nel concordato uno strumento per superare la crisi e salvaguardare l'attività d'impresa¹³.

Il quesito che ci si pone in presenza di un piano concordatario siffatto è dunque questo: per individuare la disciplina prevalente ci si dovrà concentrare sull'entità delle risorse ricavate dalla liquidazione concordataria rispetto a quelle che ci si attende dalla continuità, attuata secondo le sue forme tipiche, o basterà piuttosto verificare che

¹² Se si guarda alla stessa formulazione letterale dell'art. 186-bis l.f. si comprende come il legislatore non abbia introdotto una particolare figura di concordato preventivo, ponendo piuttosto un regime di favore nel caso in cui il piano di concordato di cui all'art. 161 l.f. presenti determinati contenuti e sia contraddistinto dall'obbiettivo di continuare l'esercizio d'impresa. Così anche AMBROSINI, *Concordato preventivo con continuità aziendale: problemi aperti in tema di perimetro applicativo e di miglior soddisfacimento dei creditori*, in ilCaso.it, 2018.

¹³ Non ci si riferisce solo all'assenza dell'obbligo di cui all'art. 160, co. 3, l.f., ma anche alla possibilità di prevedere nel piano una dilazione annuale di pagamento per i creditori privilegiati, alla possibilità di riservare una parte dei ricavi aziendali al fine di destinarli all'impresa stessa, al beneficio di poter partecipare alle gare per l'affidamento di contratti pubblici e di continuare tali rapporti in essere con le pubbliche amministrazioni, alla facoltà di pagare anticipatamente i creditori strategici.

sussistano tutti gli elementi costitutivi del concordato con continuità aziendale?

Il criterio quantitativo, che consiste nella comparazione tra flussi di cassa percepibili grazie alla liquidazione degli *assets* non funzionali e quelli ritraibili dall'esercizio dell'attività aziendale, è sicuramente di facile impiego, soprattutto se ci si prefigge di evitare indebiti abusi del concordato.

Questa impostazione, però, non sembra essere conferente né con il significato dell'art. 186-bis né, tantomeno, con la *ratio* che sta alla base di tale disposizione.

E' senz'altro lampante che nel caso in cui la maggior parte dell'attivo provenga dalla continuazione d'impresa allora il concordato sarà "in continuità"; non è altrettanto evidente e dimostrato che qualora prevalgano quantitativamente le parti liquidatorie allora non sussistano i presupposti per l'applicazione dell'art. 186-bis l.f.

Se si riducono le valutazioni circa gli obiettivi della procedura concordataria, che peraltro attengono alla "causa concreta" del concordato¹⁴, ad un mero raffronto tra componenti quantitative dell'attivo concordatario si rischia di perdere irrimediabilmente di vista tanto il dato normativo quanto il chiaro favore della legge verso soluzioni concordate che permettano di evitare la dissoluzione delle unità produttive.

L'art. 186-bis l.f., infatti, dispone espressamente che il piano di concordato in continuità possa prevedere la liquidazione di beni non funzionali, nulla dicendo sul rapporto quantitativo che vi debba essere tra dismissioni ed esercizio aziendale.

La ragione di tale scelta, del resto, pare essere scontata poiché altrimenti si sbarrerebbe la strada a tutte quelle aziende in crisi che decidessero di continuare l'attività,

¹⁴ Le Sezioni Unite, sent. 23.1.2013, n. 1521, hanno rimarcato l'importanza del sindacato giurisdizionale volto a verificare che la causa concreta, intesa come obiettivo specifico della singola procedura, corrisponda al superamento della crisi con soddisfazione, anche minima, del ceto creditorio. Tali affermazioni devono comunque essere adattate al caso del concordato con continuità, parrebbe irrazionale infatti non dare rilevanza anche alla clausola di miglior soddisfacimento dei creditori nella definizione della "causa concreta".

magari in ottime condizioni produttive, pur cedendo i beni non destinati all'impresa, magari deteriorati e comunque non essenziali¹⁵.

A ben vedere quindi, l'unico requisito posto dalla legge, perché possa applicarsi l'art. 186-bis l.f., è che il piano di concordato preventivo preveda la prosecuzione diretta, la cessione od il conferimento d'azienda¹⁶ e che sia attestato da un professionista il miglior soddisfacimento dei creditori¹⁷.

E' gioco forza ritenere allora che applicando un criterio meramente quantitativo si andrebbe a limitare l'operatività dell'art. 186-bis, soprassedendo ad una norma che impone di qualificare il concordato "in continuità" ogniqualvolta la continuità stessa, in base ai contenuti del piano, costituisca obiettivo finale ed esito prevedibile della procedura.

In sostanza, seguendo il criterio quantitativo, non si farebbe altro che introdurre un ulteriore presupposto di ammissibilità, non esplicitato e peraltro nemmeno compatibile con la regolamentazione del concordato con continuità posta dall'art. 186-bis l.f.

¹⁵ Si vuole qui citare l'esempio portato da ZANICHELLI in seno alla conferenza *Crisi d'impresa e risanamento*, IPSOA, Verona, 22.3.2017, il quale ricordava che, attualizzando la vicenda del concordato Parmalat del 2005, si perverrebbe al deleterio risultato di qualificare come liquidatorio un piano che prevede la dismissione di *asset* non funzionali degradati e la continuazione dell'azienda operante nel settore agro-alimentare, non degradata e con buoni margini di produttività.

¹⁶ Oltre ai contenuti tipici del piano, positivizzati dalla norma, dottrina e giurisprudenza maggioritarie ritengono ammissibile anche l'affitto d'azienda "ponte", preordinato alla cessione. Da anni si assiste ad un dibattito giurisprudenziale in merito ma la Legge Delega di riforma della Legge Fallimentare pare risolvere i dubbi nel senso della sua ammissibilità, pur non precisando come l'affitto debba essere strutturato nel piano di concordato preventivo. Per un'analisi approfondita si veda BOZZA, *L'affitto e la vendita dell'azienda come strumenti di risanamento dell'impresa*, in *Fallimento*, n. 10/2017.

¹⁷ Il professionista attestatore dovrà procedere alla redazione della relazione aggiuntiva prendendo in esame non già tutti gli scenari possibili e praticabili dal debitore, come sostenuto da parte della dottrina, bensì esclusivamente l'alternativo scenario fallimentare. Così AMBROSINI, *op. cit.*

4. La prevalenza funzionale.

Una valutazione in chiave funzionale richiede sicuramente uno sforzo aggiuntivo in termini di analisi ed interpretazione del piano concordatario e della proposta, anche perché si fonda, in definitiva, sulla verifica del fine concreto della singola procedura.

Nel senso di valorizzare il criterio qualitativo si è pronunziato il Tribunale di Massa (decr. 29.11.2016), affermando il principio, condivisibile, per cui il problema della disciplina applicabile sia di fatto stato risolto a monte dal legislatore che non ha inteso accordare preferenza alla componente quantitativamente prevalente, subordinando piuttosto l'applicazione dell'art. 186-bis ad un accertamento circa la funzionalizzazione del piano, unitariamente considerato, al superamento della crisi con mantenimento sul mercato dell'azienda¹⁸.

Così ragionando, i benefici per il debitore previsti dalle norme sul concordato in continuità potranno essergli accordati fin quando il piano dimostri che l'esito della procedura sarà, prevedibilmente, quello della prosecuzione

¹⁸ *“Può invero coesistere la liquidazione dei beni non funzionali, ma il rapporto tra le due componenti compresenti - liquidatoria e continuativa dell'attività aziendale - onde far derivare il regime normativo applicabile al concordato è stato a monte ponderato e risolto dal legislatore non già in termini di considerevole preminenza quantitativa dell'una o dell'altra componente - che con una serialità di casi non certo infrequente esporrebbe il criterio discrezionale ad arbitrii e scelte irrazionali dell'interprete difficilmente giustificabili - bensì di una loro coesistente funzionalizzazione al superamento della crisi di impresa sotto l'egida dell'unico regime imperativo, quello configurato dall'art. 186 bis l. fall., il cui primato esclusivo si impone quante volte: (a) la continuazione dell'attività di impresa giustifichi le cautele informative di cui all'art. 186 bis, comma 2°, lett a), L. Fall., che trovano la loro ragion d'essere quando la soddisfazione dei creditori dipende, anche solo in parte, dal futuro andamento dell'impresa, ovvero quando, a prescindere dall'impiego dei flussi di cassa generati dalla prosecuzione dell'attività aziendale, questa, per il fatto stesso di perpetuarsi in costanza di procedura, fa gravare sui creditori un “rischio di predeuzione”; (b) della prosecuzione dell'attività di impresa, come prefigurata nel piano, viene attestata nella relazione ex art. 161, comma 3°, L. Fall., la funzionalità al miglior soddisfacimento dei creditori (art. 186 bis, comma 2°, lett b), L. Fall.). La non fittizia compresenza di tali condizioni fa premio sulla eventuale preponderanza quantitativa della componente liquidatoria e giustifica l'operatività necessaria del regime di favore apprestato dall'art. 186 bis L. Fall., con il connesso esonero dal rispetto dell'art. 160, ultimo comma”*(Trib. Massa, decr. 29.11.2016 in *ilcaso.it*)

delle attività aziendali e che la continuità sia conveniente per i creditori, a nulla rilevando che si sia disposta la liquidazione di beni non funzionali con ricavi di valore superiore rispetto a quelli legati all'esercizio d'impresa.

E' bene però precisare che non basterà accertare formalmente il rispetto dei requisiti previsti dall'art. 186-bis l.f. e prendere atto dell'adempimento di tutti gli obblighi di attestazione aggiuntiva: il giudice dovrà procedere ad una valutazione complessiva del piano e della proposta, potendo e dovendo prendere in considerazione anche il dato quantitativo senza però renderlo l'unica motivazione alla base della qualificazione giuridica operata¹⁹.

5. Il concetto di prevalenza alla luce dei principi contenuti nella Legge Delega n. 155/2017.

Il legislatore, nonostante vi sia tutt'ora un consistente filone giurisprudenziale e dottrinale attento al profilo funzionale del concordato preventivo, non sembra essersi avveduto delle problematiche connesse all'utilizzo del principio quantitativo e, anzi, lo ha espressamente preferito al criterio qualitativo: l'art. 6, co. 1, lett. I, n. 2, della Legge Delega prevede infatti che la disciplina sul concordato in continuità si applichi *“anche alla proposta di concordato che preveda la continuità aziendale e nel contempo la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa, a condizione che possa ritenersi, a seguito di una valutazione in concreto del piano, che i creditori vengano soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale”*.

¹⁹ In tal senso sembra propendere la Corte d'Appello di Genova, *cit.*, ove afferma che nonostante il fabbisogno concordatario provenga nella misura del 6,6% dalla continuità, l'elemento discriminante al fine di qualificare la proposta come concordato in continuità sia l'oggettiva prosecuzione delle attività aziendali, dovendosi il tribunale limitare alla verifica di un possibile utilizzo fraudolento dello strumento concordatario.

Questa impostazione sembra essere quella maggiormente condivisa oggi dai giudici di merito²⁰ nonostante si continuino a registrare, anche dopo l'entrata in vigore della Legge Delega, pronunce volte a fondare il giudizio di prevalenza su di una valutazione qualitativa dei contenuti del piano e della proposta, maggiormente aderente alla ratio dell'art. 186-bis l.f.²¹.

In attesa di attuazione dei principi sanciti nella Legge Delega, rimane comunque il fatto che, ancora una volta, l'intervento legislativo rischia di rendere ulteriormente dubbio ed indeterminato il campo applicativo dell'art. 186-bis, anche in riferimento a profili rispetto ai quali la stessa disposizione sembra parlare a chiare lettere.

²⁰ *Ex multiis* Trib. Ravenna, *cit*; Trib. Monza, *cit*; Trib. Alessandria, *cit*; Trib. Pistoia, *cit*.; Trib. Busto Arsizio, *cit*.

²¹ Recentemente il Tribunale di Venezia riteneva di “*aderire alla tesi della prevalenza qualitativa ovvero dell'applicabilità della sola disciplina del concordato con continuità aziendale anche laddove le risorse ritraibili dalla continuità aziendale risultino di molto inferiori alle risorse provenienti dai cespiti liquidabili. (...) Ciò trova infatti fondamento nel dato letterale dell'art. 186-bis l.f. (e in particolare nella previsione di liquidazione dei beni non funzionali all'esercizio d'impresa così inserendo nella previsione del concordato in continuità il concordato c.d. misto) e risponde alla valorizzazione del favor legislativo alle prospettive di prosecuzione aziendale nella considerazione che deve considerarsi fisiologico un ridimensionamento dell'azienda rispetto alla realtà aziendale entrata in crisi*” (Trib. Venezia, decr. 5.7.2018, in Fallimenti&Società, segn. Avv. Lo Presti. Conformemente App. Genova, *cit*; Trib. Udine, *cit*; Trib. Massa, *cit*; Trib. Como, *cit*.; Trib. Macerata, *cit*.; Trib. Siracusa, *cit*.)