



*Dipartimento di Impresa e Management*

*Cattedra di Diritto Commerciale*

**Il concordato preventivo nella l.n. 132/2015:  
un presente in bilico fra tradizione e innovazione**

*Relatore*

Prof. Carmine Macrì

*Candidato*

Giulio Tanzarella

Anno accademico 2015/2016

# INDICE

<b>Introduzione</b> .....	4	
 <b>Capitolo I: le novità introdotte dalla riforma del 2015 nel concordato preventivo</b>		
<b>1.1 Autorizzazioni all'erogazione di provvista finanziaria</b>		
1.1.1 Finanziamenti interinali.....	6	
1.1.2 Finanziamenti urgenti.....	7	
<b>1.2 La domanda di concordato preventivo</b>		
1.2.1 Il requisito della percentuale minima di soddisfacimento dei chirografari.....	9	
1.2.2 Il requisito dell'utilità.....	11	
<b>1.3 La contendibilità delle imprese in concordato preventivo</b>		
1.3.1 Premessa teleologica al riassetto dei poteri.....	12	
1.3.2 Offerte concorrenti.....	14	
1.3.3 Proposte concorrenti: obiettivi e possibili tipologie.....	16	
1.3.4 Ammissibilità delle proposte concorrenti e profili di legittimità costituzionale.....	18	
1.3.5 Prerogativa esclusiva dei creditori e legittimazione "di fatto" del terzo investitore.....	21	
1.3.6 Diritto di voto dei proponenti.....	23	
1.3.7 Il nuovo perimetro delle competenze dell'attestatore.....	24	
1.3.8 Nuovi compiti del commissario giudiziale e ridefinizione dei termini della procedura.....	26	
1.3.9 Rinuncia alla domanda di concordato.....	29	
1.3.10 Discussione e votazione delle proposte di concordato.....	31	
1.3.11 Cessioni nel concordato liquidatorio.....	35	
1.3.12 Esecuzione del concordato.....	36	
<b>1.4 Contratti pendenti nel concordato preventivo</b>		
1.4.1 Premessa.....	38	
1.4.2 Il nuovo art. 169-bis.....	40	
 <b>Capitolo II: un presente in bilico fra tradizione e innovazione</b>		
<b>2.1 Cenni sull'evoluzione storica del concordato preventivo</b> .....		45
<b>2.2 Le prospettive di riforma</b>		

2.2.1 L'istituzione della "commissione Rordorf" .....	49
2.2.2 Un quadro unitario sulla crisi d'impresa .....	50
2.2.3 Il futuro del concordato preventivo, come prospettato dalla commissione Rordorf .....	52
<b>Conclusioni</b> .....	<b>57</b>
<b>Bibliografia</b> .....	<b>59</b>
<b>Fonti giuridiche</b> .....	<b>61</b>

## INTRODUZIONE

Il concordato preventivo rappresenta forse l'istituto di più grande interesse nel panorama odierno delle procedure concorsuali, in virtù della sempre maggiore attenzione che le riforme degli anni recenti hanno dedicato allo strumento introdotto dalla legge n. 193 del 1903.

In particolare, il ruolo di centralità che il concordato preventivo riveste per il legislatore è giustificato da due fattori. In primo luogo, il numero di ricorsi a tale istituto presenta una evidente correlazione con l'andamento del ciclo macroeconomico, dal momento che crisi economica e crisi dell'imprenditore sono indissolubilmente connesse. Di conseguenza, la variazione nel tempo delle domande di concordato preventivo risulta essere sintomatica della effettiva gravità congiunturale percepita dal sistema economico e delle effettive capacità di ripresa mostrate dal tessuto produttivo del paese. E proprio nell'ottica di agevolare il superamento di situazioni di dissesto finanziario, il legislatore ha inteso incentivare un uso non distorto del concordato preventivo, rimuovendo una serie di deterrenti alla domanda di ammissione con le riforme del 2005 e del 2012. Nel perseguire finalità di risanamento e salvaguardia dei livelli occupazionali, i recenti interventi normativi (compresa la riforma del 2015) hanno progressivamente accentuato il discrimine fra concordato liquidatorio e concordato in continuità aziendale, riconoscendo a quest'ultimo un reale potere taumaturgico nei casi in cui l'imprenditore vi faccia ricorso tempestivamente, quando cioè la crisi non abbia già assunto caratteri di irreversibilità.

La seconda ragione che induce a prestare grande attenzione all'evoluzione della disciplina concordataria consiste nel fatto che essa è indicativa della più generale concezione espressa dall'ordinamento concorsuale nei confronti del dissesto finanziario: in altri termini, analizzando il continuo divenire della normativa sul concordato è possibile comprendere come questa rifletta il graduale adeguamento del diritto fallimentare verso un'impostazione meno colpevolistica nei confronti del debitore, più o meno attenta alle istanze provenienti dal ceto creditorio e maggiormente orientata a finalità di ordine sociale.

Il decreto legge n. 83 del 27 giugno 2015, convertito con modificazioni nella legge n. 132 del 6 agosto 2015, ha introdotto alcune novità nella disciplina del concordato preventivo destinate ad avere un impatto non secondario nella pratica quotidiana di tale istituto.

Il presente elaborato si propone, nel Capitolo I, di analizzare la riforma del 2015, limitando la trattazione alle innovazioni inerenti al concordato preventivo, tralasciando quindi le nuove disposizioni riferite ai requisiti per la nomina a curatore e le pur interessanti novità in tema di accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e di convenzioni di moratoria, due nuovi

istituti introdotti nell'ordinamento concorsuale con l'inserimento *ex novo* dell'art. 182-*septies* nella legge fallimentare.

Nel Capitolo II, poi, si tenterà di inquadrare la riforma del 2015 nel contesto evolutivo della legislazione in materia concorsuale, in modo da comprendere come la l.n. 132/2015 si inserisca nel solco dei recenti interventi normativi, evidenziando elementi di continuità e discontinuità rispetto agli indirizzi previgenti. Infine, si proverà a delineare le possibili prospettive di riforma che potranno interessare il concordato preventivo nel futuro più immediato, sulla base delle problematiche ancora lasciate irrisolte dalla disciplina in vigore. In particolare, al fine di limitare il rischio che il candidato e il Lettore possano smarrirsi nei meandri oscuri della legislazione futura, si assumerà come “bussola” nel mare nebbioso dell'avvenire il *corpus* di orientamenti emersi dai lavori della “commissione Rordorf”, le cui proposte di riforma della disciplina concorsuale sono sfociate nell'elaborazione di uno schema di disegno di legge delega divulgato nel dicembre 2015 ed approvato dal Consiglio dei Ministri del 10 febbraio 2016.

# CAPITOLO I

## Le novità introdotte dalla riforma del 2015 nel concordato preventivo

### 1.1 Autorizzazioni all'erogazione di provvista finanziaria

#### 1.1.1 Finanziamenti interinali

Le modifiche all'art. 182-*quinquies* L.Fall., recante disposizioni in materia di finanziamento e di continuità aziendale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti, costituiscono il primo tema affrontato, nell'art. 1, dal decreto n. 83/2015. Si tratta di una scelta coerente con gli intenti espressi dal legislatore nella nota introduttiva al decreto, in cui viene evidenziata la «<straordinaria necessità e urgenza di rafforzare le disposizioni sull'erogazione di provvista finanziaria alle imprese in crisi>>. Finalità di tali disposizioni è dunque quella di rimuovere alcuni ostacoli che, nella normativa previgente, impedivano il tempestivo reperimento di risorse idonee a colmare il fabbisogno finanziario limitatamente al periodo che intercorre tra il deposito della domanda di concordato preventivo e il giudizio di omologazione del tribunale.

Se, da un lato, l'intervento in questione si pone in linea di continuità con le precedenti riforme delle procedure concorsuali – le quali hanno progressivamente agevolato, con le dovute cautele, la concessione di finanziamenti al debitore in ambito concordatario – dall'altro sembra porsi in controtendenza rispetto a una parte rilevante delle novità introdotte dal decreto, spesso orientate a rafforzare le tutele in favore del ceto creditorio.

A riprova dell'importanza attribuita dal legislatore alla finanza interinale, va altresì rimarcato che le “disposizioni transitorie e finali” sanciscono l'applicazione delle norme di cui al novellato art. 182-*quinquies* anche per i concordati preventivi anteriori alla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto (21 agosto 2015). Peculiarità non irrilevante, dal momento che tutte le altre novità in materia concorsuale sono applicabili solo ai concordati sorti in seguito alla suddetta data.

Procedendo con l'analisi della riforma, nel primo comma dell'art. 182-*quinquies* viene specificato che l'autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili ai sensi dell'art. 111 può essere chiesta dal debitore “*anche prima del deposito della documentazione di cui all'art. 161, commi secondo e terzo*”.

La disposizione pone fine alla prassi che in passato induceva il tribunale a negare l'autorizzazione a contrarre finanziamenti interinali qualora il debitore non allegasse alla domanda di concordato preventivo (o all'accordo di ristrutturazione dei debiti) la documentazione, attestata da un professionista indipendente, relativa alla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, all'elenco dei creditori e delle legittime cause di prelazione, ai titolari di diritti reali su

beni di proprietà o in possesso del debitore, nonché al piano dettagliato sulle modalità e i tempi di adempimento alla proposta. In ogni caso, poiché i finanziamenti interinali, in quanto prededucibili, sono potenzialmente in grado di decurtare le possibilità di soddisfacimento dei creditori, il tribunale mantiene, come in passato, la facoltà di disporre l'acquisizione di “*sommatorie informazioni*”<sup>1</sup>; né viene meno la necessità dell'attestazione da parte di un perito in merito al fabbisogno finanziario dell'impresa fino alla fase di omologazione del concordato. In particolare, l'esperto deve attestare che i finanziamenti interinali siano “*funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori*”, in modo da superare i timori legati all'erosione dell'attivo ripartibile in conseguenza della prededucibilità di tali crediti. Tuttavia, va sottolineato che la dichiarazione di funzionalità agli interessi del ceto creditorio consente di giungere alla “quadratura del cerchio” sul piano teorico; di fatto, risulta a dir poco arduo per il professionista (per di più scelto dal debitore) stilare un documento di attestazione fondato su elementi di ragionevole certezza laddove il piano del debitore manchi o sia ancora in gran parte indefinito.

### 1.1.2 *Finanziamenti urgenti*

Di grande rilevanza sono le innovazioni introdotte nel nuovo terzo comma dell'art. 182-*quinquies*, in cui si afferma che il debitore, presentando una domanda di concordato con riserva e in assenza di un piano di liquidazione o di continuazione delle attività, “*può chiedere al tribunale di essere autorizzato in via d'urgenza a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell'art. 111, funzionali a urgenti necessità relative all'esercizio dell'attività aziendale*”. Per poter ottenere l'autorizzazione, il debitore deve dichiarare la specifica destinazione dei finanziamenti e l'impossibilità di reperirli altrimenti, nonché il “*pregiudizio imminente ed irreparabile all'azienda*” che deriverebbe dalla mancata erogazione del finanziamento. Il tribunale svolge una verifica sommaria sulla proposta di concordato in fase di definizione, convoca il commissario giudiziale (se nominato) e ha facoltà di sentire in modo informale i principali creditori. Indi, decide in camera di consiglio con decreto motivato entro dieci giorni dal deposito dell'istanza di autorizzazione<sup>2</sup>.

Sono a questo punto evidenti le differenze di fattispecie e disciplina fra il primo e il terzo comma dell'art. 182-*quinquies*<sup>3</sup>: da una parte vi sono i finanziamenti interinali in senso stretto, in

---

<sup>1</sup> Particolarmente critica a riguardo è l'opinione di SABATELLI E., *Appunti sul concordato preventivo dopo la legge di conversione del D.L. n. 83/2015*, 2015, in *Crisi d'impresa e fallimento*, pag. 8, su [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), secondo cui «Permangono del tutto indeterminati non solo i contenuti di tali informazioni, ma anche i soggetti che potrebbero essere sentiti, essendone i detentori, e le modalità secondo le quali le informazioni suddette possono essere acquisite».

<sup>2</sup> Quest'ultima disposizione non è presente nella disciplina dei finanziamenti interinali di cui al primo comma dell'art. 182-*quinquies*, in cui non vengono esplicitate le modalità di concessione dell'autorizzazione. Soltanto un'interpretazione analogica consentirebbe di estendere al primo comma dell'articolo in esame tale aspetto della normativa sui finanziamenti urgenti.

<sup>3</sup> Non di tale avviso SABATELLI, op. cit., pag. 10, secondo cui il terzo comma si riferisce a «una situazione in larga parte sovrapponibile a quella contemplata nel primo comma [...] in quanto l'urgenza può ritenersi implicitamente presente anche nella fattispecie contemplata nell'art. 182-*quinquies*, comma 1».

cui il presupposto oggettivo consiste nella migliore soddisfazione dei creditori e in cui è indispensabile l'attestazione di un professionista indipendente; dall'altra vi sono i finanziamenti urgenti, solo impropriamente classificabili come interinali<sup>4</sup>, il cui presupposto è la necessità di impedire che l'azienda (non i creditori, o perlomeno non essi in via diretta) subisca un "pregiudizio imminente ed irreparabile" e in cui non è prevista alcuna attestazione da parte del perito, essendo sufficiente la dichiarazione del debitore di cui al terzo comma del citato articolo.

Benché sia comprensibile lo scetticismo degli interpreti dinanzi all'assenza del ruolo di garanzia dell'attestatore in una procedura delicata come quella di autorizzazione all'erogazione di provvista finanziaria di cui all'art. 182-*quinquies*, terzo comma – specialmente in virtù del rango prededucibile di tali crediti – va riconosciuto che l'ordinaria funzione di attestazione mal si concilierebbe con i tempi ristretti relativi a una situazione di urgenza come quella descritta (fino alla ridondanza) dalla suddetta disposizione; inoltre, sul piano dell'effettiva incidenza sulle possibilità soddisfatto dei creditori, non si può non rimarcare l'ammontare tipicamente esiguo dei "finanziamenti urgenti", i quali normalmente precedono la richiesta di successivi finanziamenti interinali<sup>5</sup>.

In ultima analisi, il novellato terzo comma dell'art. 182-*quinquies* ambisce a migliorare l'efficienza procedimentale nella fase introduttiva del concordato preventivo mediante una abbreviazione dei tempi e una significativa semplificazione delle procedure rispetto alla prassi in precedenza consolidata; a tal fine il legislatore si mostra disposto a sacrificare alcune prerogative precedentemente accordate a tutela del ceto creditorio, consentendo al debitore che propone un concordato "in bianco", in assenza di un piano attestato da un esperto e nel rispetto delle condizioni espresse al terzo comma, di ottenere l'autorizzazione a contrarre debiti prededucibili indispensabili ad evitare il disgregamento del valore aziendale.

Vi è un'ulteriore novità in tema di finanziamenti urgenti: una norma su cui la dottrina è unanime nel mostrare perplessità. Tale disposizione impone l'applicazione della disciplina dei finanziamenti urgenti in caso di "*mantenimento di linee di credito autoliquidanti in essere al momento del deposito della domanda*". Si tratta di particolari contratti di *factoring* in cui un intermediario finanziario eroga liquidità all'imprenditore contraente ricevendo come controprestazione crediti non scaduti. La norma si riferisce a contratti pendenti oggetto di ordinaria amministrazione; appare dunque singolare che l'imprenditore proponente sia tenuto a richiedere una autorizzazione al tribunale per il semplice "mantenimento" di questi contratti. La disposizione

---

<sup>4</sup> Sul punto, AA. VV., *La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. In l. n. 132/2015*, Giappichelli, Torino, 2015, pag. 428: <<Non si tratta quindi dei finanziamenti interinali veri e propri, ma di quelle (di regola modeste) risorse di cui l'impresa ha impellente bisogno, in vista della richiesta dei (più ingenti) finanziamenti necessari a supportare l'attività aziendale durante la procedura>>.

<sup>5</sup> Così AMBROSINI S., *Il nuovo concordato preventivo alla luce della <<miniriforma>> del 2015*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali* n. 5, Cedam, 2015, pag. 382.

risulta eccentrica anche in relazione alla disciplina dei contratti pendenti, su cui la stessa riforma del 2015 è intervenuta<sup>6</sup> e con cui il periodo conclusivo dell'art. 182-*quinqies*, terzo comma sembra essere incoerente.

Infine, un contributo integrativo della nuova normativa si rinviene nel quarto comma del suddetto articolo, in cui si contempla, in aggiunta alle tradizionali garanzie per il finanziamento (pegno e ipoteca), la cessione di crediti.

Dall'esame dell'art. 1 del D.L. 83 – unico articolo in materia concorsuale non oggetto di rilevanti modificazioni in sede di conversione in legge – si evince che l'intento del legislatore di agevolare l'erogazione di provvista finanziaria in favore dell'imprenditore in stato di crisi si è tradotto nell'introduzione nell'ordinamento concorsuale di norme che non sempre brillano per chiarezza e linearità.

## **1.2 La domanda di concordato preventivo**

### *1.2.1 Il requisito della percentuale minima di soddisfacimento dei chirografari*

Il legislatore della riforma ha mutato radicalmente i requisiti di ammissibilità della domanda di concordato preventivo reintroducendo il criterio della percentuale minima di pagamento dei crediti chirografari, criterio presente nella veste originaria del Regio Decreto n. 267 del 1942 (allora era pari al 40%) e poi abrogato nei successivi interventi normativi finalizzati ad una maggiore liberalizzazione dell'istituto concordatario. In particolare, nell'art. 160 L.Fall. è stato inserito un quarto comma in cui si afferma che *“In ogni caso la proposta di concordato deve assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari”*. In sede di conversione in legge, è stato inoltre approvato l'emendamento secondo cui *“La disposizione di cui al presente comma non si applica al concordato con continuità aziendale”*.

La norma per un verso conferma il favore del legislatore per la continuità aziendale<sup>7</sup> mediante una disparità di trattamento che rende il concordato liquidatorio meno appetibile per il debitore di quello di cui all'art. 186-*bis*; per altro verso si pone in discontinuità con gli orientamenti delle recenti riforme, in quanto fortemente limitativa per il debitore. Questi, infatti, si vedrà preclusa la strada del concordato preventivo ogniqualvolta la situazione patrimoniale antecedente alla liquidazione risulti insufficiente a soddisfare per almeno il 20% l'ammontare dei crediti chirografari e di conseguenza non avrà alternative al fallimento. L'intento di offrire maggiori garanzie ai

---

<sup>6</sup> Si rimanda al par. 1.4

<sup>7</sup> Come afferma ZANICHELLI V., *Il ritorno della ragione o la ragione di un ritorno?*, 2015 in *Crisi d'impresa e fallimento*, pag. 8, su [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), <<Non è certo un caso che l'assicurazione di una percentuale non debba essere fornita nel concordato in continuità aziendale in quanto, mentre gli altri tipi di concordato sono ancorati [...] a dati definibili con sufficiente certezza (valore di beni e garanzie)>> il concordato in continuità si connota per maggiore incertezza in termini di orizzonte temporale e rendimento.

creditori presenta, quindi, concreti rischi di insuccesso a causa del valore notoriamente esiguo della moneta fallimentare<sup>8</sup>.

La previsione di una soglia minima di sbarramento sovverte il convincimento precedentemente diffuso in dottrina e giurisprudenza secondo cui un impegno economicamente quantificabile *ex ante* non avrebbe dovuto interferire col giudizio di ammissibilità alla procedura<sup>9</sup>. Ma a questo punto si aprono delicati scenari interpretativi. Innanzitutto, dato che nel concordato preventivo è consentita la divisione dei creditori in classi, occorre chiarire se in riferimento a ciascuna classe il requisito del 20% vada rispettato secondo un'interpretazione restrittiva o secondo un più flessibile "criterio della mediana". Quest'ultima ipotesi, favorevolmente accolta in dottrina<sup>10</sup>, appare coerente con il termine "ammontare" del 4° comma art. 160; sicché non parrebbe da rigettare un piano di concordato in cui alcune classi chirografarie vengano collocate in un livello soddisfacente inferiore ed altre in uno superiore al 20%, purché le prestazioni garantite dal debitore siano idonee ad "*assicurare il pagamento*" di almeno un quinto dei crediti chirografari complessivamente considerati.

In modo analogo, è possibile ritenere che il piano di liquidazione depositato dal debitore possa prevedere un (seppur ridotto) margine di variabilità riguardo alla percentuale di soddisfazione dei creditori chirografari, a condizione che il valore mediano dell'intervallo non sia inferiore al 20%<sup>11</sup>.

L'attività interpretativa gioca un ruolo rilevante anche in merito alla valutazione dell'inadempimento da parte del debitore e alla conseguente risoluzione del concordato. Ai sensi dell'art. 186 secondo comma, il debitore è ritenuto inadempiente in base al criterio di proporzionalità<sup>12</sup>; dunque si dà luogo a risoluzione soltanto se il valore della parte inadempita dell'obbligazione è significativo rispetto al valore dell'obbligazione complessivamente considerata. Con la riforma del 2015, il mancato pagamento del 20% dei crediti chirografari assurge a causa di risoluzione del concordato. In ogni caso, il debitore non dovrebbe essere considerato inadempiente nel caso in cui, avendo promesso una percentuale superiore al minimo legale, abbia adempiuto per un valore inferiore a quanto promesso, ma pur sempre in misura superiore alla soglia del 20% e nel rispetto del criterio di proporzionalità. Come evidenziato dalla dottrina, circoscrivere al limite legale la forza vincolante ai fini dell'inadempimento (salvo esplicita diversa pattuizione) consentirebbe di

---

<sup>8</sup> In tema, AMBROSINI, op. cit. pag. 367, si sofferma sull' «equivoco che un fallimento sia preferibile per i creditori chirografari rispetto a un concordato inferiore al 20%: il che non trova fondamento nei dati esperienziali sotto il profilo sia della misura del soddisfacimento [...] sia dei tempi di incasso».

<sup>9</sup> Emblematica la pronuncia della Cass. s.u. 23 gennaio 2013, n. 1521: «La causa della procedura di concordato esclude che l'indicazione di una percentuale di soddisfacimento dei creditori da parte del debitore possa in qualche modo incidere sull'ammissione del concordato».

<sup>10</sup> Su tutti, AMBROSINI, op. cit. pag. 370

<sup>11</sup> AMBROSINI, *Ibidem*

<sup>12</sup> Cass., 7 giugno 1993, n. 6367

<<scongiurare la tentazione, per il debitore, di effettuare valutazioni iperprudenziali dell'attivo per minimizzare il rischio dell'inadempimento>><sup>13</sup>. Ne consegue – in linea interpretativa, poiché la legge non specifica il punto – che la proposta di concordato si compone di un impegno indispensabile e vincolante (soglia del 20%) e di un impegno eventuale (vincolante solo nei limiti della proporzionalità), corrispondente alla quota promessa dal debitore in aggiunta al minimo legale<sup>14</sup>.

Fin qui si è limitata l'analisi al rango più basso dei creditori, i chirografari, ai quali è rivolta in via diretta la novellata disciplina dell'art. 160, 4° comma. Ma non sfugge la portata che tale innovazione normativa presenta, in via indiretta, per i creditori privilegiati. A costoro, in virtù del 2° comma del suddetto articolo, può essere offerto un soddisfacimento parziale, purché non inferiore a quanto essi potrebbero ottenere dalla liquidazione a valori di mercato dei beni su cui sussiste la garanzia e senza alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione. In seguito alla riforma, poiché i privilegiati falcidiati concorrono come chirografari per la parte residua del credito, su questa quota avranno diritto, con le relative conseguenze in termini di ammissibilità e risoluzione della procedura, ad almeno il 20%.

Un ultimo profilo interpretativo relativo alla fatidica “soglia di sbarramento” emerge in riferimento al “concordato misto”, che presenta la combinazione di una componente liquidatoria e una componente di continuità aziendale. In questo caso è ragionevole ricorrere al “criterio della prevalenza”, per cui se la componente liquidatoria è scarsamente rilevante rispetto al piano di continuità aziendale non si applicherà la regola del 20%; regola che invece andrà applicata nel caso in cui la componente liquidatoria sia prevalente<sup>15</sup>.

È interessante notare che il nuovo art. 160, 4° comma si pone in posizione ambivalente rispetto alla nota sentenza della Cass. S.U. n. 1521 del 23 gennaio 2013: se da un lato accoglie e rafforza con vigore la necessità di garantire una <<sia pure minimale consistenza del credito>>, dall'altro rinnega il principio secondo cui la valutazione della convenienza economica spetti esclusivamente alla discrezionalità dei creditori.

### 1.2.2 *Il requisito dell'utilità*

A integrazione delle norme in materia di domanda di concordato preventivo, al punto e) dell'art. 161, 2° comma, il legislatore ha aggiunto che *“In ogni caso, la proposta deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore”*. Nella relazione di accompagnamento al decreto legge, la *ratio*

---

<sup>13</sup> AMBROSINI, op. cit. pag. 364

<sup>14</sup> Sul punto, NARDECCHIA G. B., *Le modifiche alla proposta di concordato*, 2015, pag. 12, in *Crisi d'impresa e fallimento*, su [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)

<sup>15</sup> AMBROSINI, op. cit. pag. 369

della norma è espressa nella <<finalità di evitare che possano essere presentate proposte [...] che lascino del tutto indeterminato e aleatorio il conseguimento di un'utilità specifica per i creditori>>.

Merita approfondimento il rapporto che lega questa disposizione a quella già esaminata dell'art. 160, 4° comma. Infatti il termine "utilità", notoriamente generico e indicativo di una vasta gamma di possibilità soddisfatorie delle obbligazioni, non coincide con il termine "pagamento", a cui si fa esclusivo riferimento nel più ristretto ambito delle obbligazioni pecuniarie<sup>16</sup>. Non v'è dubbio che nel piano di concordato sia consentito l'adempimento in forme diverse dal pagamento, altrimenti il legislatore non avrebbe specificato, con un emendamento in sede di conversione in legge, che l'utilità debba essere "economicamente valutabile"<sup>17</sup>. Sicché il piano può prevedere, in luogo del pagamento, impegni quali la prosecuzione di un rapporto contrattuale, la conversione di capitale di credito in capitale di rischio e in generale qualsiasi forma di adempimento suscettibile di valutazione economica<sup>18</sup>. L'apparente incompatibilità tra il "pagamento" del 20% dei crediti chirografari e l'"utilità" da assicurare ai creditori viene meno solo circoscrivendo la prima disposizione al concordato liquidatorio e la seconda al concordato in continuità aziendale. Infatti, scopo primario della liquidazione è la conversione degli asset in cassa disponibile per i creditori, mentre la continuità aziendale ben si sposa con forme soddisfatorie alternative al pagamento e – come nel caso dei contratti di fornitura o della trasformazione di capitale di credito in capitale di rischio – funzionali al sostegno dell'attività produttiva o al riassetto finanziario dell'impresa. Naturalmente il verbo "assicurare" determina la necessità di un impegno vincolante, non di una mera prospettazione ragionevole<sup>19</sup>. Pertanto, anche in seguito alla riforma il ruolo dell'attestatore conferma tutta la propria rilevanza.

Un'ultima annotazione riguarda l'espressione "*a ciascun creditore*": essa è da intendere come "a ciascuna classe di creditori", essendo identico il trattamento riservato ai creditori della medesima classe ed essendo impensabile prefigurare, specie nei concordati che coinvolgono migliaia di creditori, una descrizione analitica dell'utilità da assicurare a ciascuno di essi<sup>20</sup>.

### **1.3 La contendibilità delle imprese in concordato preventivo**

#### **1.3.1 Premessa teleologica al riassetto dei poteri**

Le novità più significative della riforma, destinate a incidere su aspetti procedurali e sostanziali del concordato preventivo, si rinvencono negli artt. 2 e 3 del D. L. 83/2015, modificati in

---

<sup>16</sup> Sul tema, fra tutti, FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, 2015, in *Crisi d'impresa e fallimento*, pag. 17, su [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)

<sup>17</sup> SABATELLI, op. cit., pag. 21

<sup>18</sup> Secondo alcuni studiosi, la riforma del 2015 ha "preparato il terreno" per l'introduzione nel nostro ordinamento di classi di creditori "senza portafoglio", sul prototipo delle *zeroklass* dell'ordinamento tedesco.

<sup>19</sup> NARDECCHIA, op. cit., pag. 7

<sup>20</sup> AMBROSINI, op. cit. pag. 363

modo non irrilevante nella fase di conversione in legge. La finalità di tali innesti normativi, espressa nella nota introduttiva al decreto, consiste nel <<promuovere la contendibilità delle imprese in concordato preventivo in modo da incentivare condotte virtuose dei debitori in difficoltà e favorire esiti efficienti ai tentativi di ristrutturazione>>.

“Contendibilità” ed “efficienza” sono i concetti-cardine della riforma. Entrambi richiamano il tema della concorrenza economica e denotano che l’intento del legislatore è quello di favorire l’instaurazione di un vero e proprio “mercato” delle imprese in crisi. Al fine di una piena comprensione del dettato normativo, occorre intendere l’efficienza non tanto in senso tecnico-giuridico, quanto piuttosto in senso economico. La microeconomia insegna che un mercato efficiente – e dunque contendibile – è quello in cui una molteplicità di soggetti, in assenza di asimmetrie informative, opera nella stipulazione di accordi che massimizzano l’utilità degli attori in gioco, evitando che un soggetto collocato in posizione dominante possa appropriarsi indebitamente di porzioni di benessere altrui. Questo quadro teorico può essere agevolmente traslato nella procedura concordataria, in cui gli operatori economici sono da un lato il debitore e dall’altro i creditori<sup>21</sup>. L’utilità consiste, per il debitore, nell’effetto liberatorio di un adempimento parziale delle obbligazioni e, ove possibile, nel risanamento economico e finanziario dell’impresa; per i creditori nel maggior soddisfacimento possibile. Gli strumenti mediante i quali perseguire la massimizzazione dell’utilità collettiva sono l’azienda dell’imprenditore in crisi, un suo ramo oppure specifici beni.

La normativa previgente poteva considerarsi economicamente inefficiente dal momento che, nel mini-sistema economico in precedenza descritto, il debitore agiva in qualità di monopolista<sup>22</sup>, essendo l’unico soggetto legittimato a depositare un piano di concordato<sup>23</sup>. Ai creditori era consentito solo di rifiutare o accettare in blocco la proposta, senza la possibilità di proporre soluzioni migliorative. Il legislatore del 2015 ha quindi voluto riequilibrare le parti in gioco attribuendo nuovi poteri al ceto creditorio. E nel farlo ha forse ribaltato il sistema delle forze in campo poiché, con la disciplina vigente, la domanda di concordato preventivo può rivelarsi un’ “arma a doppio taglio” per il debitore. Infatti, l’introduzione delle offerte e delle proposte concorrenti, congiuntamente all’abolizione della regola del silenzio-assenso nei meccanismi di voto, espone concretamente il debitore al rischio di dover attuare piani di concordato contrari alla propria volontà. Inoltre, la ridefinizione del perimetro dei doveri del commissario giudiziale consente ai

---

<sup>21</sup> Sul tema, SAVIOLI G., *Concorrenza nel mercato e per il mercato delle crisi d’impresa. Le innovazioni del D.L. 83/2015 per la procedura di concordato preventivo*, 2015, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)

<sup>22</sup> SAVIOLI, *ibidem*.

<sup>23</sup> Come afferma D’ATTORRE G., *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, in *Il Fallimento*, n. 11, 2015, pag. 1163, <<Monopolio del debitore che [in seguito alla riforma del 2015, ndr] viene incrinato e limitato, ma non del tutto superato, perché egli rimane comunque l’unico soggetto legittimato a decidere se fare ricorso o meno alla procedura di concordato preventivo, depositando la domanda introduttiva>>.

creditori di avere accesso a informazioni sensibili sulla situazione patrimoniale del debitore a costo zero<sup>24</sup>; il che è giustificato dalla minaccia arrecata ai creditori dallo stato di crisi del debitore, oltre che dalla necessità di superare le asimmetrie informative<sup>25</sup>, ma rischia di incentivare un comportamento paradossalmente ostruzionistico da parte dei creditori, i quali non hanno nulla da perdere in un “rilancio” rispetto alla mossa del debitore, previa attestazione di fattibilità del “piano creditizio” da parte di un perito. La situazione è singolare, perché in fondo le nuove norme sono finalizzate ad evitare comportamenti ostruzionistici del debitore, spesso tentato di presentare piani pretestuosi al solo fine di ritardare il fallimento e distrarre l’attivo.

Poiché le nuove norme rendono più ardua l’approvazione della proposta del debitore<sup>26</sup>, questi avrà interesse a non aggravare il dissesto dell’impresa, facendo emergere tempestivamente lo stato di crisi. In questo senso la novellata disciplina del concordato preventivo mira a “incentivare condotte virtuose dei debitori in difficoltà”. L’auspicio è che non accada il contrario, cioè che il debitore ceda al *moral hazard* di aggravare il dissesto rinunciando *a priori* al concordato onde evitare l’assoggettamento all’arbitrio dei creditori.

### 1.3.2 Offerte concorrenti

La traduzione normativa dell’intento di favorire la contendibilità delle imprese in concordato preventivo si rinviene con particolare evidenza nel nuovo istituto delle offerte concorrenti, introdotto dall’art. 163-bis. Esso si applica in tutti i casi in cui il piano di concordato preveda “un’offerta da parte di un soggetto già individuato” per il trasferimento a titolo oneroso, “anche prima dell’omologazione”, dell’azienda, di uno o più rami d’azienda o di specifici beni. Si dispone in tal caso “l’apertura di un procedimento competitivo” con cui il tribunale verifica se vi siano altri soggetti interessati all’acquisto e disposti a presentare offerte migliorative. La norma intende porre fine alla pratica dei “concordati chiusi”, basati su un accordo predeterminato tra il debitore e un terzo acquirente. Questi accordi non consentono di massimizzare il valore di realizzo derivante dalla cessione, anzi tendono a sottostimare il valore dei cespiti aziendali a danno della massa dei creditori. La competizione dovrebbe consentire di superare questi limiti; e in fondo è (o almeno dovrebbe essere) interesse del debitore che i beni da dismettere vengano aggiudicati al miglior offerente.

In origine, l’art. 2 del D.L. 83/2015 si limitava a disporre l’apertura del procedimento competitivo nel caso in cui il commissario giudiziale, ritenendo l’offerta del terzo incongrua e non

---

<sup>24</sup> Si rinvia al par. 1.3.7

<sup>25</sup> Senza il tramite del commissario giudiziale, i creditori difficilmente avrebbero accesso a tutte le informazioni rilevanti per la redazione di un piano di concordato, per cui il debitore potrebbe avvantaggiarsi di tale asimmetria informativa.

<sup>26</sup> Si rinvia al par. 1.3.10

corrispondente al miglior interesse dei creditori, avesse chiesto al tribunale, con istanza motivata, l'indizione di una gara fra tutti gli interessati all'acquisto. Con la legge di conversione, il procedimento competitivo assurge a regola generale, da applicarsi non solo quando il trasferimento sia oggetto di un contratto pienamente definito, ma anche in caso di un preliminare<sup>27</sup>.

Ai sensi dell'art. 163-bis, 2° comma, il decreto con cui il tribunale dispone l'apertura del procedimento competitivo deve specificare le modalità di presentazione delle offerte, che devono essere segrete, irrevocabili, comparabili e non sottoposte a condizione<sup>28</sup>; devono altresì essere specificati i requisiti di partecipazione degli offerenti, le forme, i tempi e i limiti di accesso alle informazioni rilevanti (per tramite del commissario giudiziale), la data per l'udienza dell'esame delle offerte, le modalità di svolgimento della procedura competitiva, le garanzie che gli offerenti devono prestare e le forme di pubblicità del decreto in conformità al modificato art. 490 c.p.c. sul portale delle vendite pubbliche. Un opportuno emendamento approvato in sede di conversione ha specificato che il decreto del tribunale deve anche fissare l'aumento minimo delle offerte concorrenti rispetto a quella originaria, al fine di assicurare che tali offerte siano effettivamente migliorative e dunque coerenti con gli scopi perseguiti dalla nuova disciplina. La contendibilità infatti non è mai fine a se stessa, ma strumentale alla maggiore soddisfazione dei creditori e all'equa valutazione dei beni dell'impresa.

Al 3° comma viene inoltre stabilito che l'offerta già ricevuta dal debitore diventa irrevocabile dal momento in cui viene modificata in conformità alle disposizioni del decreto del tribunale. Ciò consente di garantire l'omogeneità strutturale delle varie offerte, favorendone la comparazione.

Le offerte concorrenti sono rese pubbliche nell'udienza di cui al 2° comma, *“alla presenza degli offerenti e di qualunque interessato”*; se sono state presentate *“più offerte migliorative”*, il tribunale dispone l'avvio della gara, che ha luogo nella stessa udienza oppure in un'udienza immediatamente successiva, purché anteriore alla data di convocazione dei creditori. Ciò significa che non necessariamente chi ha indicato il prezzo più alto in sede di presentazione delle offerte concorrenti risulterà vincitore, perché in quello stadio della procedura la gara non si è ancora svolta<sup>29</sup>. La migliore offerta presentata funge da base di partenza per l'asta – fase cruciale del procedimento competitivo – a cui tutti gli offerenti hanno il diritto di partecipare. Stando alla lettera della norma, la gara tra gli offerenti viene disposta *“se sono state presentate più offerte*

---

<sup>27</sup> L'art. 163-bis afferma, a conclusione del 1° comma: *“Le disposizioni del presente articolo si applicano anche quando il debitore ha stipulato un contratto che comunque abbia la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda, del ramo d'azienda o di specifici beni”*.

<sup>28</sup> In caso contrario le offerte sono *inefficaci* (art. 163-bis, 3° comma). Ma, come fa notare SABATELLI, op. cit., pag. 32, sarebbe più corretto qualificarle come *inammissibili*.

<sup>29</sup> La fase di presentazione delle offerte concorrenti in conformità al decreto del tribunale è propedeutica ma non necessariamente indicativa per la determinazione del vincitore, in quanto funzionale essenzialmente a garantire l'omogeneità – e dunque la confrontabilità – delle offerte.

*migliorative*”, pertanto l’unico caso in cui la gara non ha luogo è quello in cui vi è al massimo una offerta migliorativa<sup>30</sup>. In tal caso, infatti, sarebbe superfluo e irrazionale disporre un procedimento in cui la competizione stessa verrebbe a mancare: se Tizio ha mostrato di non essere interessato a effettuare un’offerta, a maggior ragione non vorrà rilanciare sull’offerta di Caio.

In caso di aggiudicazione in favore di un soggetto diverso dall’offerente originario, “*quest’ultimo è liberato dalle obbligazioni eventualmente assunte nei confronti del debitore*” e ha diritto al rimborso delle spese sostenute per far fronte alla formulazione dell’offerta nei limiti del 3% del prezzo in essa indicato. Naturalmente, “*il debitore deve modificare la proposta e il piano di concordato in conformità all’esito della gara*”. Infine, l’ultimo comma dell’art. 163-*bis* afferma che la disciplina delle offerte concorrenti si applica, nei limiti della compatibilità, a tutti gli atti di straordinaria amministrazione per cui è necessaria l’autorizzazione ai sensi dell’art. 161, 7° comma, nonché all’affitto d’azienda.

### 1.3.3 *Proposte concorrenti: obiettivi e possibili tipologie*

Per molti aspetti affini alle offerte concorrenti sono le “proposte concorrenti”, che tuttavia costituiscono un istituto autonomo, nonché l’innovazione più radicale introdotta dalla riforma. Esse sono disciplinate dal 4° al 7° comma del novellato art. 163 L.Fall. che recepisce, con rilevanti modificazioni, le disposizioni contenute nell’art. 3 del D.L. 83/2015. Le affinità con i principi espressi dall’art. 163-*bis* riguardano *in primis* il marcato ampliamento di poteri del ceto creditorio, di cui si incentiva un comportamento attivo sia nella fase introduttiva sia in quella deliberativa del concordato; *in secundis*, l’obiettivo di stroncare sul nascere comportamenti scorretti e meramente ostruzionistici del debitore, il quale non ha più convenienza a sottostimare il valore dell’attivo, dati gli effetti espropriativi che ne potrebbero conseguire; infine, il dichiarato intento di coinvolgere nuovi investitori per favorire il risanamento delle imprese in crisi. Su quest’ultimo punto, la relazione illustrativa al decreto pone particolare enfasi, rimarcando l’opportunità di favorire lo sviluppo in Italia di un mercato dei *distressed debts*, ancora in fase embrionale nel nostro paese anche a causa delle restrizioni imposte dalla vecchia legge fallimentare. Le finalità di ristrutturazione finanziaria e sostegno all’attività produttiva sono espresse con chiarezza nella Relazione illustrativa: <<La *ratio* di questo insieme di modifiche normative risiede nella possibilità di consentire ai creditori, o ad altri imprenditori che acquistino crediti verso l’impresa in crisi, di presentare proprie proposte ai creditori, qualora ritengano di poter gestire meglio l’attività e siano disponibili a immettere nuovi capitali>>. La logica sottesa a tale previsione consiste nella plausibile

---

<sup>30</sup> SABATELLI, op. cit, pag. 33

maggior propensione di fornitori e terzi in generale a fare affidamento sull'impresa in crisi alla luce del consolidamento della compagine societaria e di una nuova ottica di gestione<sup>31</sup>.

Per quanto concerne le differenze rispetto alle offerte concorrenti, mentre in queste ultime il contenuto del contratto stipulato dal debitore non subisce variazioni se non nel prezzo della cessione, le proposte concorrenti possono avere un contenuto assai difforme rispetto al piano depositato dal debitore<sup>32</sup>. Infatti l'art. 163 non accenna al requisito della comparabilità, a cui fa esplicito riferimento l'art. 163-bis. Questo può rendere difficoltoso il confronto fra le diverse proposte, fermo restando che tutte devono conseguire l'attestazione di fattibilità da parte del professionista indipendente.

In seguito alla riforma, l'art. 163 si intitola: "Ammissione alla procedura e proposte concorrenti". Dopo aver prolungato il termine per la convocazione dei creditori da trenta a centoventi giorni dal decreto con cui il tribunale dichiara aperta la procedura di concordato preventivo, la novellata disciplina consente ai creditori che rappresentino almeno il 10% dei crediti di *"presentare una proposta concorrente di concordato preventivo e il relativo piano non oltre i trenta giorni prima dell'adunanza dei creditori"*. La soglia minima del 10% mira ad escludere le proposte derivanti da fonti poco rappresentative del ceto creditorio nel suo complesso, in modo da valorizzare i benefici di un coordinamento *ex ante* fra i creditori ed evitare la dispersione delle energie creditizie in comportamenti atomistici dannosi per l'efficienza procedurale. Inoltre, la stessa soglia può essere funzionale ad evitare che un concorrente del debitore possa avanzare proposte mirate esclusivamente a disperdere il patrimonio dell'imprenditore. Nel computo del 10% rientrano le cessioni di crediti successive alla presentazione della domanda – che presumibilmente sono finalizzate al raggiungimento della suddetta percentuale – mentre *"non si considerano i crediti della società che controlla la società debitrice, delle società da questa controllate e di quelle sottoposte a comune controllo"*. Quest'ultima disposizione denota una – sacrosanta – attenzione ai rischi di conflitto d'interessi del debitore; attenzione che, come si vedrà in tema di diritti di voto, non è riservata in egual misura ai potenziali conflitti dei creditori.

Nel prosieguo del 4° comma art. 163, si afferma che la relazione di accompagnamento della proposta concorrente, redatta dal perito di cui all'art. 67, 3° comma, lettera d), *"può essere limitata alla fattibilità del piano per gli aspetti che non siano già oggetto di verifica da parte del"*

---

<sup>31</sup> SABATELLI, op. cit. pag. 25

<sup>32</sup> Scrive D'ATTORRE, op. loco cit.: <<Quando la proposta omologata proviene dal creditore, non vi è più spazio per parlare del concordato preventivo in termini di mero accordo tra debitore e creditori, perché il debitore non è parte dell'accordo, né sotto il profilo della proposta (che proviene dal creditore proponente), né sotto il profilo dell'accettazione (che proviene dai creditori)>> sicché i creditori <<governano lo stato di crisi del debitore e definiscono la sorte del suo patrimonio senza la partecipazione dello stesso debitore>>.

*commissario giudiziale, e può essere omessa qualora non ve ne siano*<sup>33</sup>. Quindi, i creditori possono presentare proposte perfettamente sovrapponibili a quella già depositata dal debitore, e in questo caso sarebbe superflua la relazione dell'esperto. Se ciò può destare perplessità, non va dimenticato che la disciplina delle proposte concorrenti non precisa in nessun frangente che queste debbano essere migliorative rispetto al piano del debitore, contrariamente a quanto avviene nel caso delle offerte concorrenti. A tal proposito, è stata evidenziata una possibile tripartizione delle tipologie di proposte concorrenti<sup>34</sup>:

- *Proposte originali*: sono basate su <<un piano radicalmente innovativo rispetto a quello presentato dal debitore>>. In questo caso un professionista indipendente deve attestare la fattibilità del piano, mentre riguardo alla veridicità dei dati aziendali fa fede l'attestazione depositata dal debitore. È plausibile che il ricorso a questo tipo di proposte si riveli infrequente, perché difficilmente i creditori saranno disposti a sostenere i costi relativi all'attestazione con il rischio di non vedere approvata la proposta dalla maggioranza dei creditori.
- *Proposte derivate*: sposano l'impostazione generale della proposta del debitore <<per differenziarsene solo marginalmente>>. In tal caso la relazione di attestazione sarebbe "differenziale", cioè limitata agli aspetti divergenti dal piano del debitore e dunque non vagliati dal commissario giudiziale.
- *Proposte parassitarie*: traggono legittimità dal periodo conclusivo del 4° comma art. 163, in quanto adottano <<*sic et simpliciter* il piano del debitore e le risultanze della relazione del commissario>>. Di fatto potrebbero rappresentare il caso più frequente di ricorso a proposte concorrenti, in quanto non comportano alcuna onerosità per il creditore proponente.

#### 1.3.4 Ammissibilità delle proposte concorrenti e profili di legittimità costituzionale

In aggiunta al requisito del 10% dell'ammontare dei crediti, il 5° comma dell'art. 163 pone un'ulteriore condizione di ammissibilità delle proposte concorrenti. Queste non sono ammissibili se la relazione d'accompagnamento del piano, redatta dal perito scelto dal debitore, attesta che la proposta del debitore "*assicura il pagamento di almeno il quaranta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari*", soglia che si riduce al 30% nel caso di concordato in continuità aziendale. Il trattamento privilegiato che questa disposizione riserva alla continuità aziendale presenta evidenti analogie con la regola del 20% di cui all'art. 160, 4° comma, anch'essa tesa a discriminare i due tipi

---

<sup>33</sup> Come scrive ROSSI A., *Il contenuto delle proposte concorrenti nel concordato preventivo (prime riflessioni)*, 2015, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), <<Si ammette che il creditore che formula la proposta concorrente si avvalga gratuitamente sia del lavoro svolto dal professionista attestatore, nominato (e pagato) dal debitore, sia dell'attività svolta dal commissario giudiziale (e pagata dalla massa dei creditori): un vantaggio competitivo che evidenzia il *favor* che il legislatore riserva alla proposta dei creditori, rispetto a quella proveniente dal debitore>>.

<sup>34</sup> ROSSI, *ibidem*.

di concordato rendendo più gravoso quello liquidatorio. E curiosamente l'affinità tra le due norme non è solo teleologica, ma financo "gestatoria", in quanto entrambe le precisazioni in favore della continuità sono intervenute in fase di conversione in legge mediante emendamenti del Senato, non essendo previste nel testo originario del decreto.

Le soglie fissate dal legislatore per inibire ai creditori la facoltà di ricorrere a proposte concorrenti colpiscono per la loro asprezza, in quanto si collocano ben al di sopra di quanto mediamente i creditori riescono ad ottenere da una procedura concordataria. E l'impegno che il debitore deve assumere è tanto più gravoso se si considera che le percentuali del trenta e del quaranta per cento si applicano ai creditori chirografari, con la necessaria implicazione che ai creditori privilegiati deve essere assicurata una soddisfazione maggiore.

Soglie così elevate sono funzionali a incentivare una tempestiva emersione dello stato di crisi, in modo da prevenire l'irreversibilità del dissesto e consentire l'attuazione di un condiviso piano di rientro. Tuttavia, il rischio intrinseco di un siffatto sbarramento è quello di precludere all'imprenditore insolvente l'accesso al concordato preventivo, a meno che costui non sia disposto correre il rischio di vedersi espropriata la libertà di iniziativa economica. Sulla base di simili considerazioni, una parte non trascurabile della dottrina ha avanzato dubbi in merito alla costituzionalità delle proposte concorrenti, sostenendo l'esistenza di profili di incompatibilità con l'art. 42 della Carta repubblicana, in cui si afferma che la proprietà privata può essere espropriata per motivi di interesse generale e salvo indennizzo. I critici della riforma lamentano infatti che ai sensi dell'art. 163 L.Fall. l'imprenditore potrebbe essere espropriato della propria azienda senza indennizzo, dunque in violazione della Costituzione.

Questa argomentazione non regge nel caso in cui l'imprenditore sia insolvente, poiché secondo l'art. 2740 cc "*il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri*"; dunque i beni dell'imprenditore insolvente hanno essenzialmente una funzione di garanzia patrimoniale e rientrano, quindi, nella disponibilità dei creditori, fermo restando il divieto di azioni esecutive individuali, durante lo svolgimento delle procedure concorsuali, a tutela della *par condicio creditorum*. Come è stato efficacemente rilevato<sup>35</sup>, in situazione di insolvenza la prosecuzione dell'impresa <<si realizza non con capitale di rischio, che più non esiste, ma con capitale di credito fornito involontariamente dai creditori, posto che l'imprenditore si finanzia non pagandoli>>. Per le stesse ragioni, nel concordato fallimentare l'attuazione di proposte concorrenti non suscita particolari obiezioni, in quanto il concordato fallimentare presuppone lo stato di insolvenza e vede il debitore privato della disponibilità dei suoi beni.

---

<sup>35</sup> PANZANI, *Il decreto correttivo della riforma delle procedure concorsuali (prima parte)*, in *Quotidiano giuridico IPSOA*, 2007

Più problematica è la questione di legittimità costituzionale nel caso in cui l'imprenditore sia in stato di crisi ma non insolvente. Come è noto, nel concordato preventivo il debitore non subisce lo spossamento, ma il novellato art. 163 può condurre a una condizione del tutto analoga ad esso. In ogni caso, potrebbe forse ritenersi pretestuosa l'invocazione di un indennizzo a fronte dell'esproprio subito dal debitore perché questi, chiedendo esplicitamente un ridimensionamento della prestazione dovuta, non si trova nella condizione di poter trattare con i creditori in posizione di *peer-to-peer*. Dovrà anzi sopportare qualche sacrificio, altrimenti a fronte dello stralcio dei crediti non vi sarà alcuna forma di sanzione all'inadempimento. Più in generale, appare discutibile il riferimento all'art. 42 Cost. con la fattispecie in analisi, in quanto è opinione condivisa che i Padri costituenti abbiano redatto il suddetto articolo avendo in mente uno schema di rapporti tra Pubblico e Privato. L'esempio di scuola con cui nei manuali si illustra l'art. 42 è quello dell'esproprio di un terreno finalizzato alla realizzazione di un'infrastruttura pubblica. In tal caso è chiara la presenza di un interesse generale, nonché la funzione dell'indennizzo: risarcire il proprietario del terreno da una perdita dovuta non già a un illecito commesso, ma alla mera posizione di inferiorità che un interesse privato ha nei confronti di un interesse pubblico. Orbene, nel caso del concordato preventivo è in gioco un intreccio di interessi privati (normalmente i crediti erariali, in cui la controparte è lo Stato o un ente locale, non sono soggetti a falcidia) e soprattutto una delle parti è manchevole nei confronti delle altre, cosa che non è affatto scontata nella fattispecie dell'art. 42 della Costituzione. Comunque, è stato rilevato in dottrina<sup>36</sup> che quand'anche si volesse applicare l'art. 42 al concordato preventivo, a maggior ragione si dovrebbe invocare l'art. 41, secondo cui la libera iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale. E non sarebbe socialmente desiderabile consentire al debitore di agire senza alcuna forma di controllo nell'ipotesi in cui lo stato di crisi sia stato dichiarato. Come osserva Fabiani, «non è eretico pensare che l'autonomia decisionale del debitore non debba essere assoluta, perlomeno le quante volte il processo di ristrutturazione preveda uno stralcio dei crediti»<sup>37</sup>. Nel concordato preventivo, infatti, l'«utilità sociale» consiste nella composizione di interessi divergenti, da realizzarsi mediante un sistema di concessioni che devono essere necessariamente reciproche, giammai unilaterali. Ma proprio questa constatazione può rafforzare i dubbi di costituzionalità delle proposte concorrenti, «perché se è vero che queste ipotesi di concordato potrebbero essere inquadrate come accordi non più tra debitore e massa dei creditori, quanto tra proponente e massa dei creditori, [...] rimane irrisolto il problema di giustificare un contratto con il quale dei soggetti dispongono della sorte del patrimonio altrui, ovvero del patrimonio del debitore, che a questo accordo rimane estraneo e forse

---

<sup>36</sup> FABIANI, op. cit., pag. 9

<sup>37</sup> FABIANI, ibidem.

contrario>><sup>38</sup>. Ancora una volta, il dilemma si pone non tanto in caso di insolvenza quanto in caso di crisi reversibile, nei limiti dell'applicabilità dell'art. 2910 cc.

Restando in tema di effetti delle proposte concorrenti nei confronti del debitore, merita di essere evidenziato un profilo di incoerenza tra la normativa della riformata legge fallimentare e la Raccomandazione n. 2014/135/UE, volta a favorire l'armonizzazione a livello europeo della disciplina concorsuale, con particolare enfasi sulla ristrutturazione preventiva del debito delle imprese in difficoltà. Nel documento redatto dalla Commissione Europea, si legge al 17° *Considerando* che <<al debitore dovrebbe, in linea di principio, essere lasciato il controllo delle sue attività>>. Inoltre, nel “Quadro di ristrutturazione preventiva”, al punto 6, lettera b), si ribadisce che <<il debitore dovrebbe mantenere il controllo della gestione corrente dell'impresa>>. È pur vero che la vincolatività non rientra nel novero delle caratteristiche delle raccomandazioni europee, ma stupisce che in dottrina, anche fra i detrattori del D.L. 83/2015, non si siano sollevate voci tese a sottolineare la deviazione dai principi esposti da una fonte del diritto a cui il legislatore del 2015 ha pubblicamente dichiarato di volersi attenere.

### 1.3.5 Prerogativa esclusiva dei creditori e legittimazione “di fatto” del terzo investitore

Come espressamente previsto dall'art.163, i soggetti legittimati ad avanzare proposte concorrenti sono in via esclusiva i creditori, a differenza di quanto avviene nelle offerte concorrenti, in cui la legge si riferisce genericamente a “*un soggetto già individuato*” o ad “*interessati all'acquisto*”. La diversa disciplina tra le due fattispecie è giustificata dal fatto che le proposte, diversamente dalle offerte concorrenti, possono condurre all'espropriazione forzata dei beni dell'imprenditore. E l'art. 2910 cc limita ai soli creditori il potere di far espropriare i beni del debitore per conseguire quanto dovuto.

Ciò non significa che i terzi non possano rivestire un ruolo rilevante nell'ambito delle proposte concorrenti. Infatti, nel 5° comma art. 163 si afferma che “*la proposta può prevedere l'intervento di terzi*”. A ben vedere, la legge non pone limiti all'entità di tale intervento, sicché sarebbe ammissibile una proposta in cui si prevede un apporto finanziario interamente a carico di terzi, purché la proposta sia veicolata da uno o più creditori che rappresentino almeno il 10% dei crediti. Se dunque la limitazione che circoscrive la possibilità di un intervento propulsivo ai soli creditori è facilmente aggirabile, un terzo che voglia investire nell'impresa in crisi, anche in assenza di rapporti giuridici con l'imprenditore antecedenti al concordato, risulta legittimato “di fatto” a condurre – ma non formalmente a presentare – la proposta concorrente. Per questa ragione non pochi studiosi hanno esposto perplessità riguardo all'opportunità di riservare ai soli creditori la

---

<sup>38</sup> D'ATTORRE, op. cit. pag. 1163

facoltà di presentare proposte concorrenti, limitazione che comunque è coerente con le norme generali sull'espropriazione<sup>39</sup>.

Nel prosieguo del 5° comma, si stabilisce che “*se il debitore ha la forma di società per azioni o a responsabilità limitata, può prevedere un aumento di capitale della società con esclusione o limitazione del diritto d'opzione*”. La portata della disposizione non sfugge a nessuno, poiché il debitore può passivamente subire una stabile alterazione della compagine societaria, non potendo sfruttare a pieno i diritti d'opzione che, come è noto, tutelano i soci preesistenti all'aumento di capitale dalla diluizione della partecipazione sociale. Anzi, nulla vieta che i soci preesistenti, in seguito all'approvazione e attuazione di una proposta concorrente, possano ritrovarsi in minoranza nel nuovo assetto societario per volontà unilaterale dei proponenti. Questa è un'ulteriore ragione per cui, in seguito alla riforma, la domanda di concordato preventivo può tradursi per il debitore in un “salto nel buio”<sup>40</sup>. Si può ragionevolmente supporre che un imprenditore in stato di crisi reversibile – sempreché possa considerarsi reversibile una crisi in cui l'imprenditore non è in grado di assicurare il pagamento del 30% dei crediti chirografari, posto che la solvibilità sia compatibile con la continuità aziendale – si mostrerà reticente a ricorrere al concordato preventivo, se in tal modo rischia di perdere il controllo di una società non insolvente. Si potrà quindi giungere alla situazione in cui soltanto gli imprenditori insolventi, le cui imprese sono poco appetibili per terzi e creditori, faranno ricorso al concordato preventivo. E ciò sarebbe contrario all'intento perseguito dal legislatore, teso a premiare l'impegno per la continuità aziendale e a favorire la tempestiva emersione dello stato di crisi dell'imprenditore.

In realtà, non si può sostenere che la disciplina delle proposte concorrenti, invero penalizzante per il debitore, sia priva di coerenza con la *ratio* perseguita dal legislatore. Dopo tutto, obiettivo dichiarato della riforma è preservare la continuità aziendale. Ma l'attività d'impresa può ben essere distinta dalle sorti dell'imprenditore. Se nuovi soci sono in grado di migliorare la stabilità dell'impresa e la sua percezione di affidabilità da parte di fornitori e di terzi in generale, non v'è ragione per cui, nell'interesse dello stesso debitore, le opportunità di risanamento non debbano essere sfruttate. Inoltre, al debitore converrà tenere un comportamento virtuoso sin dalla fase introduttiva al concordato, perché la presentazione di un piano insoddisfacente per i creditori oltre i limiti delle ragionevoli possibilità soddisfatorie farà aumentare le probabilità che i creditori, una volta acquisite le valutazioni del commissario giudiziale, presentino delle proposte concorrenti.

Insomma, il rapporto fra debitore e creditori nella fase introduttiva al concordato preventivo sembra assumere una configurazione che richiama alla mente la teoria dei giochi, ossia quel ramo di ricerca trasversale all'economia politica e all'economia comportamentale che studia le dinamiche

---

<sup>39</sup> Sul tema, VAROTTI L., *Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare – terza parte* – in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)

<sup>40</sup> SABATELLI, op.cit., pag. 25

dei processi decisionali fra attori che agiscono in contesti di incertezza. Il debitore in crisi deve valutare se fare o non fare ricorso al concordato preventivo, cercando di prevedere le possibili reazioni dei creditori alle diverse tipologie di piani che possono essere presentati. Deve altresì valutare la propensione dei creditori a presentare proposte concorrenti, stimando la riduzione di utilità che gli deriverebbe dalla approvazione – anch'essa incerta – della proposta ritenuta più conveniente dalla maggioranza dei creditori. Per costoro la situazione è speculare, poiché i creditori devono stimare la strategia più conveniente fra l'utilità certa offerta dal debitore, l'utilità sottoposta al vincolo di fattibilità che deriverebbe da un "rilancio" sulla proposta del debitore, oppure l'opportunità di giocare la carta del rifiuto, *extrema ratio* che, in caso di insolvenza, spalanca le porte al fallimento, in cui il grado di quantificazione *ex ante* dell'utilità conseguibile presenta il massimo grado di incertezza. In questo contesto, l'equilibrio di Nash – soluzione ottima per entrambe le parti in gioco, nessuna delle quali ha convenienza a cambiare strategia – si ha quando debitore e creditori convergono su un piano comune, fondato su elementi verificati dal commissario giudiziale, in cui viene minimizzata la perdita di utilità dei creditori e la perdita di autonomia del debitore. Naturalmente l'equilibrio di Nash è astrattamente perseguibile sul piano teorico ma difficilmente realizzabile nella realtà, a causa della complessità intrinseca del modello di "gioco concordatario" e delle asimmetrie informative che nonostante il ruolo del commissario giudiziale permangono nel corso della procedura.

#### 1.3.6 *Diritto di voto dei proponenti*

Al 6° comma, l'art. 163 stabilisce che "*i creditori che presentano una proposta di concordato concorrente hanno diritto di voto sulla medesima solo se collocati in una autonoma classe*". La dottrina si è unanimemente pronunciata in sfavore della norma, sostenendo che questa consente ai creditori di interferire in modo indebito sulla approvazione della proposta attraverso il voto in conflitto d'interessi<sup>41</sup>. È opinione prevalente che i creditori proponenti non debbano essere ammessi alle operazioni di voto sulle proposte da loro stessi avanzate, in quanto si suppone che il trattamento spettante a costoro sia quantomeno non deteriore rispetto agli altri creditori, pur nel rispetto delle cause legittime di prelazione. Accogliendo questa prospettiva, risulta evidente il parallelismo che si viene a creare fra i creditori proponenti di cui all'art. 163 e gli altri esponenti del ceto creditorio a cui nel concordato fallimentare e nel concordato preventivo è precluso il diritto di voto: creditori privilegiati, coniuge, parenti e affini del debitore ai sensi dell'art. 127, nella misura in cui l'approvazione della proposta sia idonea ad avvantaggiare i proponenti rispetto alla massa di creditori.

---

<sup>41</sup> Inoltre, i creditori collegati ai proponenti (coniuge, parente, società controllata o controllante etc.) hanno diritto di voto indipendentemente dalla collocazione "in una autonoma classe".

Questa impostazione dottrinale non sarebbe forse incontrovertibile assumendo che la proposta concorrente non preveda disparità di trattamento fra creditori e non sia atta ad avvantaggiare il creditore proponente. Tuttavia, non potendo discriminare caso per caso le proposte in base al loro contenuto analitico, occorre stabilire un criterio generale per la regolazione del diritto di voto dei proponenti. Tra le due possibilità estreme – concessione o negazione del diritto di voto *tout court* – il legislatore ha optato per una scelta intermedia, stabilendo che i creditori proponenti possono partecipare al voto ed essere computati nel calcolo delle maggioranze a condizione che siano “collocati in una autonoma classe”. Ciò può rendere meno “scontata” l’approvazione della proposta concorrente, poiché a tal fine è comunque necessaria la maggioranza delle classi. E si può ritenere che sarà sempre garantita l’omogeneità della classe dei proponenti, perché se questi concordano sulla proposta è plausibile che godano degli stessi vantaggi derivanti dalla approvazione; per di più i privilegiati continueranno a non essere ammessi al voto, a meno che la proposta non preveda per loro un soddisfacimento parziale in conformità alle disposizioni dell’art. 127. Ciononostante, la dottrina ha espresso fermo convincimento sull’inopportunità *sic et simpliciter* della concessione del diritto di voto ai proponenti, ancorché aggregati in una specifica classe, a causa del conflitto d’interessi in cui questi si trovano ad agire.

A conclusione dell’art. 163, viene opportunamente chiarito che, se le proposte concorrenti prevedono la suddivisione dei creditori in classi, il tribunale è tenuto ad effettuare un preventivo controllo sulla correttezza dei criteri di formazione delle diverse classi.

### 1.3.7 *Il nuovo perimetro delle competenze dell’attestatore*

Il professionista che ai sensi dell’art. 67, 3° comma, lettera d) e dell’art. 161 co. 3° attesta la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano – depositato dal debitore o presentato dai creditori ai fini delle proposte concorrenti – vede complessivamente ampliati i confini delle proprie competenze per effetto della nuova disciplina della domanda di concordato preventivo e della contendibilità delle imprese in crisi.

In particolare, il giudizio positivo di fattibilità non potrà più essere formulato per qualsiasi proposta del debitore (o dei creditori) che appaia concretamente realizzabile sulla base dei dati disponibili<sup>42</sup>, ma dovrà essere accordato soltanto alle proposte che soddisfano i “minimi legali”, e ciò in conseguenza della previsione di una “soglia di sbarramento” in termini percentuali di pagamento. La riforma ha, infatti, di fatto superato la netta cesura che separava la valutazione della

---

<sup>42</sup> Come ricordato da COVINO-JANTET, *Il concordato con continuità aziendale: linee guida e sindacato del tribunale nella fase ammissiva*, 2013, su [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it), tradizionalmente il piano di concordato deve rispettare quattro requisiti: credibilità alla luce della situazione pregressa e delle condizioni correnti del mercato, sostenibilità finanziaria, verificabilità delle migliori *performance* rispetto agli anni precedenti, esplicitazione delle azioni da compiere per il raggiungimento degli obiettivi.

“fattibilità giuridica”, fin qui spettante al professionista, da quella della “convenienza economica”, riservata ai creditori, essendo ora quest’ultima valutata dai creditori solo in seconda istanza, limitatamente alle proposte che superano il giudizio di prima istanza formulato dall’attestatore in applicazione dei criteri formali previsti dalla legge<sup>43</sup>. L’attestatore, quindi, rispetto al passato, svolge un ruolo più sensibile, in grado di stroncare sul nascere la proposta del debitore o le proposte concorrenti. In ogni caso l’attestazione dovrà essere caratterizzata da un approccio maggiormente quantitativo, parametrato ai vincoli che la nuova legge fallimentare erge a requisiti di ammissibilità.

Pertanto, in virtù di quanto espressamente prescritto dall’art. 163, l’attestazione del perito dovrà pronunciarsi in merito all’idoneità del piano ad “assicurare il pagamento” del 40% dei crediti chirografari in un concordato liquidatorio o del 30% in un concordato in continuità aziendale ai fini dell’ammissibilità di proposte concorrenti. Per quanto concerne la soglia del 20%, criterio di ammissibilità della domanda di concordato liquidatorio, non deve trarre in inganno il fatto che questa sia riferita alla proposta e non al piano. È vero che l’attestazione del professionista accompagna il piano e non la proposta, ma si verrebbe a creare un cortocircuito logico sostenendo che l’attestazione, essendo formalmente “sganciata” dalla proposta, possa tralasciare del tutto la valutazione di fattibilità relativa alla soglia del 20%<sup>44</sup>. Quindi non può ritenersi ammissibile un piano che non sia collegato a una proposta di cui venga certificata l’idoneità ad assicurare il pagamento del 20% dei crediti chirografari<sup>45</sup>.

Riguardo invece alla scelta fra concordato liquidatorio e concordato in continuità aziendale, nulla cambia rispetto al passato, sicché deve tutt’ora essere scelta la tipologia di concordato in grado di massimizzare la soddisfazione dei creditori. Pertanto il debitore non può optare per un concordato in continuità, al fine di aggirare la soglia del 20%, se un concordato liquidatorio

---

<sup>43</sup> In realtà già nel 2014 due pronunce della Cassazione avevano in qualche misura ridimensionato il principio di esclusività della valutazione di convenienza economica da parte dei creditori, legittimando un preventivo controllo del tribunale in merito. Si legge infatti in *Cass.*, 04/07/2014 n. 15345 che <<l’inidoneità della proposta può giustificare la non omologazione, malgrado l’approvazione dei creditori, soltanto se estesa alla possibilità di un qualunque soddisfacimento dei creditori e soltanto se emergente *prima facie*>>. Inoltre, in *Cass.* 23/05/2014 n. 11497 si ribadisce che <<la fattibilità, intesa come prognosi di concreta realizzabilità del piano concordatario, è presupposto di ammissibilità del concordato, sul quale il giudice deve pronunciarsi esercitando un sindacato che non è di “secondo grado” [...] ma consiste nella verifica diretta del presupposto stesso>> ovvero nella <<verifica della sussistenza o meno di una assoluta, manifesta non attitudine del piano presentato dal debitore a raggiungere gli obiettivi prefissati>>.

<sup>44</sup> Così AMBROSINI, op. cit. pag. 370

<sup>45</sup> Come osserva FONTANA, *brevi note riguardo agli effetti sul piano penale delle nuove norme in materia di concordato preventivo*, in AMBROSINI-TRON, *Piani di ristrutturazione dei debiti e ruolo dell’attestatore alla luce dei “Principi di attestazione e della riforma del 2015*, Zanichelli, Milano, 2016, pag. 478, <<La valutazione prognostica di ragionevole certezza *ex ante* della fattibilità del piano [...] nel caso di concordato liquidatorio ha come termine di riferimento non più una più o meno generica possibilità di soddisfacimento, ma una percentuale di pagamento determinata che non può essere inferiore al 20%. [...] Per configurare una responsabilità penale ci si dovrà comunque porre in una prospettiva *ex ante* e verificare se il giudizio di fattibilità, inevitabilmente ancorato a quello sulla veridicità dei dati aziendali, era stato fondato su una consapevole non valorizzazione di elementi rilevanti o una falsa rappresentazione degli stessi o su una discrasia tra criteri di verifica o di valutazione enunciati e criteri concretamente applicati>>.

prospetta ai creditori un pagamento superiore a quello che costoro otterrebbero dal concordato in continuità<sup>46</sup>.

Anche ai fini delle valutazioni quantitative appena esposte, occorre ricordare che i dati aziendali sulla base dei quali il professionista redige la relazione a norma del 3° comma art. 161 non comprendono necessariamente tutte le informazioni contabili relative all'impresa, perché alcuni di questi dati potrebbero essere irrilevanti ai fini del concordato; di conseguenza la relazione dovrà contemplare eminentemente le informazioni su cui si fonda il piano e quelle che potrebbero influenzare il piano stesso<sup>47</sup>.

Un nuovo compito dell'attestatore scaturisce inoltre dal novellato art. 172, riferito in verità al commissario giudiziale. Questi, nello svolgimento del suo ruolo "illustrativo" non può prescindere dalle valutazioni del professionista attestatore. Ne consegue che l'attestazione deve svolgere un'ulteriore attività, propedeutica alla relazione del commissario, che consiste nella stima delle utilità che in caso di fallimento deriverebbero "*dalle azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie che potrebbero essere promosse nei confronti di terzi*".

Va per altro segnalata una innovazione normativa che anziché ampliare restringe le competenze dell'attestatore. Si tratta di quella già esaminata in tema di finanziamenti urgenti. L'art. 182-*quinquies*, infatti, consente al debitore di autocertificare i presupposti di necessità e urgenza per la richiesta di erogazione di nuova provvista finanziaria, riconoscendo che la procedura di attestazione sarebbe intempestiva e controproducente nei casi riconducibili alla fattispecie della norma.

### 1.3.8 Nuovi compiti del commissario giudiziale e ridefinizione dei termini della procedura

In seguito alla riforma, il ruolo del commissario giudiziale risulta arricchito di nuove competenze e nuove funzioni, perlopiù derivanti dall'introduzione di offerte e proposte concorrenti. A conferma della centralità che il commissario riveste nella procedura concordataria, la riforma ha ampliato innanzitutto la varietà delle funzioni da esso svolte, che mutano in relazione alle fasi di svolgimento della procedura: nella fase iniziale del concordato il commissario verifica l'attendibilità dell'attestazione e agisce come garante della trasparenza informativa nei confronti dei creditori, al fine di incentivare un loro atteggiamento attivo; in quella anteriore alla votazione svolge una funzione comparativa, consentendo un imparziale raffronto tra le proposte concorrenti; nella fase di esecuzione del concordato è deputato al controllo dell'adempimento, potendo

---

<sup>46</sup> FABIANI, op. cit. pag. 16

<sup>47</sup> CABUTTI-APRILE, *Il concordato preventivo: il ruolo tecnico del professionista attestatore*, in DEMARCHI-GIACOMAZZI, *Le procedure concorsuali*, pag. 428, Giuffrè, Milano, 2008

sostituirsi su incarico del tribunale alla parte che opponga inerzia a fronte degli impegni derivanti dal concordato<sup>48</sup>.

Più in dettaglio, l'art. 165 afferma che il commissario giudiziale è tenuto a fornire ai creditori che ne facciano richiesta le informazioni utili per la presentazione di offerte o proposte concorrenti, dopo aver verificato la congruità della richiesta. Una richiesta è incongrua se avanzata da un soggetto non legittimato a presentare una proposta concorrente oppure se ha per oggetto informazioni eccedenti la finalità per cui è predisposta<sup>49</sup>. Il legislatore, conscio dei rischi di un'appropriazione indebita di informazioni sensibili relative al patrimonio aziendale, si è premurato di assicurare “*opportuni obblighi di riservatezza*”, limitando l'accesso dei creditori alle sole informazioni “utili” alla presentazione di offerte o proposte concorrenti. Del resto, se un concorrente avesse indebitamente accesso a informazioni rilevanti – in via diretta o tramite un creditore – sarebbe in grado di promuovere azioni di concorrenza sleale<sup>50</sup>. Per questa ragione il legislatore individua nelle scritture contabili e fiscali obbligatorie del debitore le fonti primariamente adibite agli scopi espressi nell'art. 165, insieme a “*ogni altra informazione rilevante*” in possesso del commissario. E in vista di questa disposizione il riformato art. 163, al comma 4-bis, obbliga il debitore a “*consegnare al commissario giudiziale entro sette giorni copia informatica o su supporto analogico delle scritture contabili e fiscali obbligatorie*”. Infine, l'ultimo comma dell'art. 165 estende i doveri del commissario giudiziale alla collaborazione con il pubblico ministero nel caso in cui nello svolgimento delle sue funzioni emergano fatti penalmente rilevanti<sup>51</sup>. In tale evenienza, la comunicazione al pm deve avvenire “*senza ritardo*”<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> Secondo GUIDOTTI R., *Misure urgenti in materia fallimentare (D.L. 27 giugno 2015, n. 83): le modifiche alla disciplina del fallimento e le disposizioni dettate in tema di proposte concorrenti*, 2015, su [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), <<Ai suoi [del commissario giudiziale, ndr] tradizionali doveri/poteri di vigilanza, di informazione, di consulenza, di impulso, se ne aggiungono altri di amministrazione attiva>>. Comunque, l'“amministrazione attiva” non può essere annoverata fra le peculiarità distintive del commissario, in quanto limitata alle sole circostanze di ingiustificata inerzia del debitore o dei coobbligati ai fini dell'esecuzione del concordato.

<sup>49</sup> SAVIOLI, *ibidem*.

<sup>50</sup> SAVIOLI, *ibidem*.

<sup>51</sup> Spesso occorre grande cautela nel valutare se una condotta illecita sia o non sia penalmente rilevante nella procedura concordataria. In particolare, commentando l'art. 236, PREZIOSI S., *La responsabilità penale del professionista nel concordato preventivo*, in GHIA-PICCININNI-SEVERINI, *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. 6, Utet, Milano, 2012, pag. 341-342, scrive che <<L'attribuzione di attività e la simulazione di crediti inesistenti>> strumentali all'ammissione al concordato o alla formazione delle maggioranze <<non possono che individuarsi in relazione ai dati che il debitore è tenuto a presentare insieme alla domanda di ammissione al concordato, ai sensi dell'art. 161. Così, l'imprenditore che si attribuisse attività inesistenti che poi non venissero, però, indicate nella relazione di cui all'art. 161, non dovrebbe rispondere del delitto previsto dall'art. 236>>. Assai puntuale inoltre la precisazione di AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Zanichelli, Bologna, 2009, pag. 235: <<Non rientrano nella fattispecie, [dell'art. 236, ndr] a pena di un'interpretazione analogica, le ipotesi di sopravvalutazione di poste effettivamente esistenti. [...] Si sottolinea come il dettato normativo esiga la non esistenza delle attività e sanzioni solamente le condotte dirette ad ottenere agevolazioni processuali, senza abbracciare tutti gli altri atti dannosi per i creditori>>.

<sup>52</sup> Inoltre si applicano, in quanto compatibili, le restrizioni di cui all'art. 124, 1° comma, ultimo periodo, al fine di impedire forme di interessamento strumentali alla redazione di un concordato fallimentare.

Altre rilevanti modifiche inerenti al ruolo del commissario giudiziale si rinvencono nel novellato art. 172, che innanzitutto amplia da dieci a quarantacinque giorni prima dell'adunanza dei creditori il termine entro il quale il commissario è tenuto a depositare in cancelleria la relazione particolareggiata sulle cause del dissesto, sulla condotta del debitore, sulle proposte di concordato e sulle garanzie offerte ai creditori. La relazione deve esporre le utilità che, in caso di fallimento, possono essere apportate dalle azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie nei confronti di terzi. Se vengono presentate proposte concorrenti – il cui termine per il deposito è di trenta giorni dall'udienza dei creditori – il commissario giudiziale deve depositare almeno dieci giorni prima dell'adunanza una relazione integrativa contenente *“una particolareggiata comparazione tra tutte le proposte depositate”*. Dunque il commissario ha mediamente venti giorni per stilare la relazione integrativa, arco temporale che, nel caso in cui le proposte concorrenti siano particolarmente numerose, può risultare inadeguato. La ristrettezza dei tempi è ancor più evidente in caso di modifiche alle proposte depositate, che possono essere attuate fino a quindici giorni prima dell'adunanza dei creditori: ciò significa che il commissario ha soltanto cinque giorni per redigere la relazione *“particolareggiata”* nella forma definitiva<sup>53</sup>. Entro dieci giorni dall'adunanza la relazione va integrata anche con tutte le *“informazioni che i creditori devono conoscere ai fini dell'espressione del voto”*.

In merito al contenuto delle valutazioni espresse dal commissario nella relazione, l'art. 172 si limita a definirne il livello di dettaglio analitico, senza prevedere l'indicazione di una *“preferenza”* per la proposta migliore per i creditori. Ciò è coerente con la posizione di terzietà che il commissario non deve mai abbandonare, oltre che conforme ai principi generali in materia concorsuale secondo cui la valutazione di convenienza delle proposte di concordato spetta in via esclusiva ai creditori<sup>54</sup>.

Come anticipato, il commissario giudiziale non esaurisce i suoi compiti quando il concordato diventa esecutivo, poiché in questa fase subentra alla funzione comparativa quella di controllo sull'esecuzione, con poteri che sembrano accostare il commissario giudiziale all'amministratore giudiziario di cui all'art. 2409. In particolare, nell'art. 185 si afferma che *“nel caso in cui il commissario giudiziale rilevi che il debitore non sta provvedendo al compimento degli atti necessari a dare esecuzione alla proposta o ne sta ritardando il compimento, deve senza indugio riferirne al tribunale”*. Il tribunale, dopo aver sentito il debitore, può valutare l'opportunità

---

<sup>53</sup> SAVIOLI, *ibidem*.

<sup>54</sup> In ogni caso, come espresso in BONGIOANNI-BONAUDI, *Il ruolo del commissario giudiziale*, in DEMARCHI-GIACOMAZZI, *Le procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 2008, pag. 455, <<il commissario giudiziale può esporre eventuali dubbi sulla convenienza e sulla realizzabilità della proposta concordataria nonché manifestare eventuali riserve sulla correttezza dei dati contenuti nella documentazione allegata al ricorso>>.

di conferire al commissario giudiziale i poteri per compiere gli atti necessari in luogo del debitore, se costui persiste nell'inerzia.

A proposito dei poteri di impulso del commissario giudiziale, merita di essere evidenziata una asimmetria nel bilanciamento delle tutele tra debitore e creditori. Infatti, la fattispecie dell'art. 185 si limita a considerare l'ipotesi di condotta omissiva del debitore, trascurando l'eventualità in cui la responsabilità del ritardo nell'esecuzione della proposta omologata sia imputabile a un creditore. L'ipotesi non è così peregrina, dal momento che le proposte concorrenti possono prevedere varie forme di apporti a carico dei creditori proponenti. Ebbene, potrebbe accadere che un creditore in malafede, interessato a provocare il fallimento del debitore, presenti una proposta concorrente di fatto irrealizzabile ma talmente allettante da essere approvata a maggioranza nell'adunanza dei creditori. Una volta omologata la proposta, il creditore coobbligato potrebbe opporre un comportamento ostruzionistico e, a fronte di tale ostacolo, il commissario non avrebbe il potere di disporre l'esecuzione forzata a carico del creditore. Di conseguenza, il debitore non potrebbe evitare la risoluzione del concordato e, in caso di accertata insolvenza, il fallimento.

Altra novità riguarda il caso di approvazione di un'offerta concorrente avanzata da un soggetto diverso dall'offerente originario. In tale evenienza, il commissario giudiziale dispone in favore di quest'ultimo il rimborso delle spese sostenute per la formulazione dell'offerta, entro il limite del 3% del prezzo in essa indicato. Infine, prima di dichiarare la chiusura del concordato, il commissario giudiziale deve presentare una relazione finale sulle operazioni compiute, anche nel caso in cui il concordato non sia liquidatorio<sup>55</sup>.

### 1.3.9 *Rinuncia alla domanda di concordato*

L'introduzione dell'istituto delle proposte concorrenti ha acceso un interessante dibattito riguardo alle modalità, alle tempistiche e ai limiti con cui il debitore può esercitare la facoltà di revoca della domanda di concordato preventivo. In particolare, la dottrina ha mostrato orientamenti divergenti in merito alla possibilità del debitore di "ritornare sui propri passi" entro il termine del giudizio di omologazione del tribunale al fine di neutralizzare le conseguenze esecutive delle proposte concorrenti.

Prima della riforma del 2015 il debitore era l'unico soggetto autorizzato a presentare una proposta di concordato preventivo e pertanto alla sua iniziale volontà "propositiva" poteva legittimamente seguire una volontà "abdicativa", purché espressa anteriormente all'omologazione del tribunale<sup>56</sup>. Con la conversione del D.L. 83/2015, il ruolo attivo dei creditori – espresso con

---

<sup>55</sup> BONGIOANNI-BONAUDI, op. cit. pagg. 469-470.

<sup>56</sup> Cass. 28 aprile 2015, n. 8575: <<La rinuncia alla domanda di concordato preventivo, la quale si traduce sostanzialmente in un abbandono della relativa proposta, atteggiandosi come revoca della stessa, non è ammissibile una volta che il concordato sia stato omologato>>.

massima evidenza nella formulazione di proposte concorrenti – potrebbe essere destinato a interferire con l'eventuale scelta del debitore di rinunciare al concordato. La questione è tutt'ora oggetto di discussioni dottrinali, in quanto le nuove norme non specificano nulla a riguardo. Di conseguenza, sarà necessario attendere la formazione di una prassi giurisprudenziale per avvalorare la correttezza dei diversi profili interpretativi.

Un primo autorevole filone argomentativo nega <<che la presentazione di proposte da parte di terzi sterilizzi le facoltà abdicative del debitore>> e che quindi questi non debba <<restare “prigioniero” della procedura concordataria per il sol fatto dell'intervenuta attivazione ad opera di un soggetto terzo>>. Anzi, <<in un sistema in cui la proposta concorrente non può precedere, ma deve necessariamente seguire, l'iniziativa del debitore, la proposta del terzo sta e cade con la domanda presentata dall'imprenditore>><sup>57</sup>. Il ragionamento è dunque incentrato nel rapporto di subordinazione – non solo temporale, ma anche sostanziale – tra domanda e proposte.

A sostegno di tale opinione vengono avanzate perplessità riguardo alla legittimità costituzionale di una impostazione che, in virtù della possibile disomogeneità delle proposte, può risultare “confliggente con la libertà di iniziativa economica”. Infatti all'imprenditore può essere forzosamente impedito di attuare un concordato in continuità aziendale, se la maggioranza dei creditori approva un concordato liquidatorio che non garantisce una maggiore soddisfazione rispetto a quello in continuità. Il riconoscimento del “diritto di rinuncia” consentirebbe dunque al debitore di cautelarsi contro siffatti rischi, evitando di “trasformare il concordato preventivo da procedura volontaria a procedura coattiva”<sup>58</sup>.

Il secondo filone argomentativo, al contrario, sostiene la autonoma persistenza delle proposte concorrenti anche nel caso in cui il debitore voglia revocare la domanda di concordato. I sostenitori di questa tesi<sup>59</sup> fanno appello al già citato art. 2910 cc, associando l'esproprio subito dal debitore alla coercitiva attuazione della proposta concorrente omologata. Ciò consentirebbe di ritenere che <<la revoca della proposta concordataria da parte del debitore non determini la caducazione della proposta concorrente, se i creditori che l'hanno formulata intendono darvi corso>>. Aderendo a questa corrente di pensiero, si renderebbe più agevole il superamento di comportamenti meramente ostruzionistici da parte del debitore, coerentemente con gli obiettivi più volte espressi dal legislatore e confermando la tendenza della riforma a rafforzare i poteri del ceto creditorio. In tal caso la rinuncia del debitore non produrrebbe effetti nei confronti dei proponenti se non nell'ambito della procedura di voto, in cui le scelte dei votanti andrebbero a ricadere inevitabilmente su proposte di concordato depositate soltanto dai creditori.

---

<sup>57</sup> AMBROSINI, op. cit. pag. 372

<sup>58</sup> D'ATTORRE, op. cit., pag. 1174

<sup>59</sup> Fra cui è possibile annoverare VAROTTI, op. cit. p.

Come detto, non esiste un orientamento prevalente della dottrina sul tema. Per un verso, parrebbe razionale supporre che se il legislatore avesse voluto far decadere le proposte concorrenti in seguito alla rinuncia alla domanda da parte del debitore, avrebbe dovuto prescrivere in modo esplicito tale caducazione. Eppure, considerando che, come evidenziato da parte della dottrina, domanda e proposta sono due concetti diversi e si collocano su piani differenti, sembrerebbe logico far decadere le proposte concorrenti in seguito alla rinuncia alla domanda. Infatti, la domanda indica la volontà dell'imprenditore di sottrarsi al fallimento e all'esecuzione forzata, ed è prerogativa esclusiva del debitore; la proposta, invece, definisce l'impegno assunto dal debitore nei confronti dei creditori, può essere avanzata da ambedue le parti e si innesta sulla domanda già depositata. Pertanto, <<una proposta di concordato – da chiunque provenga – non può essere sottoposta all'approvazione dei creditori ed alla successiva omologazione se manca o è venuta meno la domanda di concordato>><sup>60</sup>.

#### 1.3.10 *Discussione e votazione delle proposte di concordato*

Durante l'adunanza dei creditori, ai sensi dell'art. 175, il commissario giudiziale illustra la relazione contenente la descrizione particolareggiata di ciascuna proposta di concordato depositata entro il termine stabilito dall'art. 172. Con la riforma del 2015 viene specificato che “*ciascun creditore può esporre le ragioni per le quali non ritiene ammissibili o convenienti le proposte di concordato e sollevare contestazioni sui crediti concorrenti*”. Si rimedia in questo modo a una lacuna normativa che denotava una asimmetria nella disciplina delle impugnazioni tra fallimento e concordato preventivo, lacuna peraltro ampiamente colmata dalla prassi adottata dai tribunali che già in passato consentiva ai creditori di svolgere una attività analoga all'impugnazione della procedura fallimentare. E al contempo si precisa che gli interessi individuali dei creditori sono meritevoli di tutela anche nei confronti delle proposte avanzate da altri creditori, adeguando la disciplina della discussione del concordato alle innovazioni introdotte con la riforma del 2015. Simmetricamente, l'art. 175 consente al debitore di “*esporre le ragioni per le quali non ritiene ammissibili o fattibili le eventuali proposte concorrenti*”; disposizione improntata al modello del contraddittorio e che garantisce una tutela minima per l'imprenditore in crisi, tutela tanto più essenziale quanto più restrittiva si prospetta l'attuazione della proposta concorrente in caso di approvazione. Inoltre, come in passato, il debitore può contestare crediti e fornire chiarimenti al giudice.

Da quanto detto, è evidente che la discussione nell'adunanza dei creditori sia finalizzata unicamente ad orientare il diritto di voto, non a stimolare un dibattito propositivo che possa condurre a nuove soluzioni rispetto a quelle già prospettate dagli autori delle proposte. Infatti, il

---

<sup>60</sup> D'ATTORRE, op. cit., pag. 1173

termine ultimo per la modifica di una proposta di concordato scade quindici giorni prima della convocazione dei creditori. Ciò significa che fase propositiva e fase deliberativa sono nettamente separate, ed è lecito domandarsi se ciò sia coerente con un sistema improntato al rafforzamento della contendibilità. Più che una discussione, nell'adunanza dei creditori avviene una esposizione delle varie proposte che, grazie alla comparazione svolta dal commissario giudiziale, può senz'altro aiutare i creditori a compiere una scelta razionale, ma di fatto non conferisce nessun valore aggiunto rispetto al *corpus* di proposte non più modificabili.

Diversamente da quanto avveniva prima della conversione in legge del D.L. 83/2015, i creditori sono chiamati ad esprimere le proprie preferenze in merito a una molteplicità di proposte di concordato, ovviamente nell'ipotesi in cui alcuni creditori (che rappresentano almeno il 10% dei crediti) abbiano esercitato la facoltà di presentare proposte concorrenti. Pertanto l'ultimo comma dell'art. 175, dopo aver ribadito che tutte le proposte costituiscono oggetto di votazione, stabilisce che le proposte concorrenti sono sottoposte al voto seguendo l'ordine temporale del deposito. E volendo estendere il principio cronologico alla proposta del debitore, ne consegue che questa debba essere la prima sottoposta a votazione.

Il principio fondamentale per l'approvazione della proposta di concordato non è mutato con la riforma: ai sensi dell'art. 177 *“il concordato è approvato dai creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto”*, dovendosi rispettare anche la maggioranza delle classi se la proposta prevede la suddivisione dei creditori in categorie omogenee. Tuttavia l'art. 177 è stato oggetto di intense modifiche, finalizzate ad adeguare i criteri di formazione delle maggioranze alla pluralità di proposte che i creditori devono valutare. Pertanto, se più proposte sono state depositate, *“si considera approvata la proposta che ha conseguito la maggioranza più elevata dei crediti ammessi al voto”*. Ciò significa che più proposte possono raccogliere il consenso di una quota maggiore del 50% dei voti e delle classi; di conseguenza i creditori non sono tenuti ad esprimere un'unica preferenza, ma possono votare più proposte. In questo caso viene approvata la proposta che ha ottenuto la maggioranza assoluta più cospicua.

Il legislatore ha disciplinato anche il caso in cui la maggioranza assoluta non consenta di premiare un'unica proposta, perché più proposte raccolgono la medesima percentuale di voti e di classi. In tal caso prevale la proposta del debitore e, *“in caso di parità fra proposte di creditori, quella depositata per prima”*.

Infine, se nessuna proposta ottiene la maggioranza assoluta, il giudice delegato fissa con decreto le modalità con cui viene rimessa al voto *“la sola proposta che ha conseguito la maggioranza relativa dei crediti ammessi al voto”*. Si ricorre quindi a un vero e proprio “secondo turno”, in cui entro venti giorni dal termine fissato dal decreto del giudice delegato i creditori *“possono far pervenire il proprio voto”* al fine di determinare l'approvazione o il rigetto di quella

proposta che, pur avendo conseguito al “primo turno” un consenso inferiore al 50% dei crediti, ha visto convergere su di sé il maggior numero di voti. Se questa proposta viene votata – rimarcandosi la necessità di un comportamento attivo – dalla maggioranza assoluta dei creditori, si considera approvata; altrimenti il concordato non può aver luogo e, nel caso venga accertato lo stato d’insolvenza, il debitore non può sottrarsi al fallimento, dichiarato d’ufficio dal tribunale.

La portata dell’innovazione normativa contenuta nell’art. 177 non è da sottovalutare, in quanto determina l’abolizione della regola del silenzio-assenso, a sua volta introdotta nell’istituto concordatario con la riforma del 2012. Il legislatore ha quindi compiuto un’inversione di tendenza rispetto al previgente orientamento che, attribuendo all’inerzia dei creditori il significato di consenso, favoriva l’approvazione del concordato preventivo, peraltro in un’epoca in cui soltanto la proposta del debitore era ammessa al voto.

In realtà il testo originario del D.L. 83/2015 affermava, all’art. 3, che i creditori <<possono far pervenire il proprio dissenso>> riguardo all’approvazione della proposta che nell’adunanza dei creditori aveva conseguito la maggioranza relativa. Pertanto, il legislatore non aveva previsto *ab origine* l’abrogazione del silenzio-assenso, lasciando intendere che l’inerzia dei creditori dovesse essere interpretata in termini di consenso. In ogni caso, il ribaltamento di prospettive realizzato con la conversione in legge è coerente non solo con lo spirito della riforma nel suo complesso, in quanto stimola i creditori ad attivarsi per massimizzare la loro soddisfazione<sup>61</sup>, ma anche con il nuovo istituto delle proposte concorrenti. Infatti, è opinione condivisa che queste siano incompatibili con la regola del silenzio-assenso, dal momento che i creditori possono votare più proposte nella stessa udienza. Sarebbe inconcepibile conciliare il voto plurimo di taluni con il silenzio di talaltri creditori, essenzialmente perché al silenzio di costoro non sarebbe attribuibile un significato univoco: non sarebbe possibile né individuare un’unica proposta a cui conferire il voto, né discriminare fra alcune proposte e non altre, né tantomeno far corrispondere al silenzio del creditore un voto per ciascuna singola proposta.

È pur vero che nel “secondo turno” della votazione – quello a cui si perviene quando nessuna proposta ottiene la maggioranza assoluta – vengono meno i rischi di ambiguità del silenzio-assenso, in quanto un’unica proposta è sottoposta a votazione; ma sarebbe invero tacciabile di bizantinismo un sistema in cui nella prima fase della votazione si attribuisse al silenzio valore di dissenso e nella seconda fase valore di assenso. Pertanto ben si comprende la scelta del legislatore di ribaltare l’ottica previgente alla riforma attraverso l’abolizione della regola del silenzio-assenso,

---

<sup>61</sup> Come osserva BOZZA G., *Brevi considerazioni su alcune norme della ultima riforma*, 2015 in [www.fallimentiesocietà.it](http://www.fallimentiesocietà.it), <<mentre il principio del silenzio assenso ha la funzione di favorire l’approvazione del concordato considerando come favorevoli anche quei comportamenti che non si traducano in una manifestazione di volontà espressa, in presenza di pluralità di proposte si abbandona questo principio e si costringono i creditori a prendere espressa posizione per far passare la proposta che ritengono più conveniente manifestando il dissenso per le altre>>.

scelta che scaturisce dalla conclamata incompatibilità di tale regola con l'introduzione nell'ordinamento concorsuale delle proposte concorrenti, oltre che dalla necessità di garantire l'uniformità procedurale nelle varie fasi dei meccanismi di voto.

Qualche perplessità resta in merito alla gestione delle procedure di voto quando una o più proposte di concordato prevedono la suddivisione dei creditori in classi<sup>62</sup>. È assodato che tutte le proposte concorrenti debbano prevedere la classazione dei creditori, altrimenti i proponenti non avrebbero diritto al voto ai sensi dell'art. 163, 6° comma. Ma la proposta del debitore può essere presentata senza suddivisione in classi. In questo caso, nella stessa udienza verrebbero applicati diversi criteri di determinazione delle maggioranze, perché per l'approvazione della proposta del debitore sarebbe sufficiente la maggioranza dei crediti ammessi al voto, mentre per l'approvazione di una proposta concorrente sarebbe necessaria anche la maggioranza delle classi. La situazione si complica se diverse proposte concorrenti prevedono una diversa classazione dei creditori, in modo che uno stesso creditore sia collocato in classi differenti a seconda della specifica proposta, ovviamente con trattamento differenziato in funzione dell'appartenenza a una determinata classe. Ora, nessuno di questi casi costituirebbe un ostacolo insormontabile per l'approvazione del concordato, ma indubbiamente in simili evenienze la procedura di voto, già di per sé poco snella e lineare, diventerebbe macchinosa e poco rispondente agli obiettivi di efficientamento perseguiti dal legislatore<sup>63</sup>.

Nell'ultimo comma dell'art. 177 viene introdotta una restrizione del diritto di voto analoga a quella già esposta nell'art. 163-bis riguardo alle offerte concorrenti: sono esclusi dal voto “*la società che controlla la società debitrice, le società da questa controllate e quelle sottoposte a comune controllo*”, insieme alle figure tradizionalmente escluse quali il coniuge del debitore, i suoi parenti e affini e i cessionari o aggiudicatari di crediti da meno di un anno dal deposito della domanda di concordato.

Ai fini delle adesioni alle proposte di concordato, nell'art. 178 si afferma che “*i creditori che non hanno esercitato il proprio voto possono far pervenire lo stesso*” per telegramma, lettera, fax o posta elettronica “*nei venti giorni successivi alla chiusura del verbale*”. In tal caso il cancelliere annota in calce al verbale le manifestazioni di voto. Rispetto al testo previgente, che recitava: <<i>creditori [...] possono far pervenire il proprio dissenso...>> viene ribadito il ruolo attivo rivestito dal creditore ai fini dell'approvazione del concordato, in sostituzione dell'abrogato meccanismo del silenzio-assenso. La nuova disposizione è coerente con le innovazioni introdotte nell'art. 177 in tema di formazione delle maggioranze e, come in quel caso, discende da un emendamento parlamentare in fase di conversione del decreto legge.

---

<sup>62</sup> Sul tema BOZZA, ibidem.

<sup>63</sup> BOZZA, ibidem.

Infine, la procedura di concordato si chiude con il decreto di omologazione del tribunale, che deve avvenire, secondo quanto stabilito dal novellato art. 181, entro nove mesi (non più sei) dalla data di presentazione del ricorso di cui all'art. 161. Il termine può essere prorogato dal tribunale una sola volta e per non più di sessanta giorni. Il prolungamento del termine fissato per l'omologazione è una inevitabile conseguenza della introduzione di offerte e proposte concorrenti nell'istituto concordatario, le quali hanno determinato una dilatazione del tempo necessario per le fasi di presentazione, analisi, discussione, approvazione e omologazione della procedura.

### 1.3.11 *Cessioni nel concordato liquidatorio*

Quando il tribunale dichiara omologato il concordato con cessione di beni, ai sensi dell'art. 182 nomina uno o più liquidatori e un comitato di tre o cinque creditori che assistano alla liquidazione. Con la riforma del 2015, si specifica che il liquidatore deve effettuare la pubblicità prevista dall'art. 490 c.p.c. fissando il termine entro cui la stessa deve essere eseguita. Come chiaramente emerge dalle disposizioni in seguito enunciate, anche questa norma è funzionale a rafforzare il potenziale competitivo della procedura garantendo una maggiore contendibilità nelle operazioni di realizzo del patrimonio aziendale. Queste finalità sono perseguite mediante una maggiore trasparenza della procedura liquidatoria e una più evidente accessibilità alla stessa per i terzi interessati.

Nel nuovo 5° comma art. 182, si prevede che *“alle vendite, alle cessioni e ai trasferimenti legalmente posti in essere dopo il deposito della domanda di concordato o in esecuzione di questo, si applicano gli articoli da 105 a 108-ter in quanto compatibili”*. Le norme a cui si fa esplicito riferimento riguardano le modalità di liquidazione competitiva di beni, aziende, rami d'azienda, crediti, diritti, quote, azioni e particolari tipi di immobili, con riferimento al fallimento. In questo ristretto gruppo di articoli, la riforma del 2015 ha inciso solo sull'art. 107, stabilendo che *“le vendite e gli atti di liquidazione possono prevedere che il versamento del prezzo abbia luogo ratealmente”*. E, ancora una volta, nel suddetto articolo si richiama la disciplina pubblicitaria dell'art. 490 c.p.c. *“al fine di assicurare la massima informazione e partecipazione degli interessati”*.

Tornando all'art. 182, l'attenzione dei commentatori si è concentrata sull'avverbio *“legalmente”*, riferito ai trasferimenti realizzati in seguito al deposito della domanda o in esecuzione del concordato. La dottrina ritiene che tale precisazione sia volta a individuare le operazioni compiute dal debitore nella fase endo-procedimentale del concordato, cioè nel periodo compreso fra il deposito della domanda di concordato preventivo e il giudizio di omologazione del tribunale. Come è noto, infatti, la riforma del 2015 consente di effettuare vendite e operazioni affini sui cespiti

del debitore anche prima dell'omologazione del concordato<sup>64</sup>, purché vi sia l'autorizzazione del tribunale ai sensi degli artt. 161, 7° comma e 167, 2° comma. Ciò significa che tali atti sono equiparati – se non sostanzialmente, almeno proceduralmente – ad operazioni di straordinaria amministrazione. Dunque, la parola “legalmente” sarebbe da interpretare nel senso di “conformemente agli artt. 161, 7° comma e 167, 2° comma”, cioè in riferimento agli atti che per essere efficaci nei confronti di terzi devono seguire l'iter previsto dalla legge fallimentare per le operazioni eccedenti l'ordinaria amministrazione. Questi atti devono rispettare la disciplina delle offerte concorrenti (art. 163-*bis*, ultimo comma), pertanto tutte le operazioni descritte negli artt. da 105 a 108-*ter* e compiute nella fase endo-procedimentale a norma dell'art. 182 dovranno prevedere l'applicazione del procedimento competitivo.

Per quanto concerne invece le vendite di azienda, ramo d'azienda e beni immobili realizzate in seguito all'omologazione del tribunale, come in passato è necessaria l'autorizzazione del comitato dei creditori.

Infine, l'ultima novità introdotta nell'art. 182 riguarda la cancellazione delle iscrizioni di diritti di prelazione, le trascrizioni di pignoramenti, di sequestri conservativi e di altri vincoli in genere. Questi “*sono effettuati su ordine del giudice, salvo diversa disposizione contenuta nel decreto di omologazione per gli atti a questa successivi*”.

### 1.3.12 Esecuzione del concordato

La riforma del 2015 ha dettato nuove norme in tema di esecuzione del concordato, norme ancora una volta improntate a garantire la coerenza della legge fallimentare con i nuovi istituti delle offerte e delle proposte concorrenti. Di alcune novità inerenti all'esecuzione del concordato si è già fornita una rapida panoramica nel paragrafo 1.3.8, relativo ai nuovi compiti del commissario giudiziale. Segue comunque una breve esposizione delle innovazioni introdotte all'art. 185, al fine di offrire una visione d'insieme il più possibile organica e completa sulla disciplina.

In seguito alla dichiarazione di omologazione, il debitore è tenuto a compiere tutti gli atti necessari a dare esecuzione alla proposta di concordato, sia essa proveniente dal debitore stesso oppure dai creditori. In quest'ultimo caso l'imprenditore può mostrarsi particolarmente restio ad adempiere agli impegni assunti, specialmente se la proposta concorrente approvata si discosta in modo significativo dalla volontà espressa dal debitore nella proposta di concordato originaria. In questi casi, il commissario giudiziale affianca ai tradizionali poteri di sorveglianza i nuovi poteri di

---

<sup>64</sup> L'art. 163-*bis*, che disciplina le offerte concorrenti, consente al debitore di stipulare accordi di cessione a titolo oneroso e ai terzi interessati di proporre offerte concorrenti, specificando che ciò può avvenire “*anche prima dell'omologazione*”. In particolare, l'ultimo comma, subordinando queste operazioni all'autorizzazione del tribunale in conformità all'art. 161, 7° comma, contribuisce a qualificare le vendite endo-procedimentali e le offerte concorrenti in generale come atti di straordinaria amministrazione. Inoltre, prima del giudizio di omologazione, ai sensi del novellato art. 169-*bis*, il debitore può chiedere al tribunale di essere autorizzato a sciogliere o sospendere i contratti pendenti.

impulso, volti a superare eventuali comportamenti ostruzionistici del debitore. Pertanto, il commissario riferisce senza indugio al tribunale riguardo al mancato adempimento degli impegni assunti dal debitore o al doloso ritardo nel compimento degli stessi. *“Il tribunale, sentito il debitore, può attribuire al commissario giudiziale i poteri necessari a provvedere in luogo del debitore al compimento degli atti a questo richiesti”*.

Anche il soggetto che ha depositato la proposta concorrente approvata e omologata *“può denunciare al tribunale i ritardi o le omissioni da parte del debitore”* (art. 185, 3° comma) con ricorso al tribunale notificato al debitore e al commissario giudiziale. Analogamente a quanto stabilito al comma precedente, il tribunale può conferire al commissario i poteri per compiere gli atti necessari a garantire l’esecuzione del concordato.

È bene sottolineare che nell’arco temporale in cui la proposta concorrente è stata approvata dalla maggioranza dei creditori ma il tribunale non ha ancora dichiarato l’omologazione, il 2° e 3° comma art. 185 non sono applicabili: il debitore non è ancora tenuto a porre in essere agli atti contemplati nella proposta al fine di evitare l’esecuzione forzata da parte del commissario; i creditori, per parte loro, non possono pretendere l’esecuzione di tali atti e non possono rivolgersi al tribunale per ottenere l’esercizio dei poteri d’impulso del commissario giudiziale. Per tutto ciò sarà necessario attendere che la proposta, oltre ad essere approvata, venga anche omologata dal tribunale<sup>65</sup>.

Nel novellato art. 185 si fa anche riferimento alle responsabilità penali dell’imprenditore per comportamenti dolosi di cui all’art. 173, specificando che anche tali disposizioni si applicano alla disciplina della esecuzione del concordato. Infine, in caso di reiterato ostruzionismo del debitore avente forma giuridica di società, l’ultimo comma dell’art. 185 afferma che *“il tribunale, sentiti in camera di consiglio il debitore e il commissario giudiziale, può revocare l’organo amministrativo”* della società debitrice nominando al contempo un amministratore giudiziario, la cui durata della carica è stabilita dal tribunale<sup>66</sup>. Questi è autorizzato a compiere tutti gli atti necessari a dare esecuzione alla proposta di concordato, e tra queste operazioni il legislatore fa esplicita menzione

---

<sup>65</sup> Come osserva VAROTTI, op. cit., <<al contrario del creditore proponente, il debitore che presenta concordato preventivo ha sin da subito la possibilità di dare (almeno in parte) esecuzione anticipata alla sua proposta>>. L’autore fa poi riferimento a una serie di articoli in cui il debitore, ma non il creditore proponente, può “anticipare” alcuni atti previsti dalla proposta non ancora approvata: art. 161, 7° comma (autorizzazione a compiere atti urgenti di straordinaria autorizzazione), art. 169-bis (autorizzazione a sciogliere o sospendere contratti pendenti), art. 182-quinquies (autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili in situazioni di urgenza). <<In tutti questi casi ci troviamo davanti ad un debitore che può gestire la propria azienda [...] e ad un creditore che invece può solo formulare un piano concordatario che si adatti all’azienda eterogestita>>.

<sup>66</sup> D’ATTORRE, op. cit., pag. 1179, afferma che <<quando il debitore ha forma societaria, il tribunale provvede alla nomina dell’amministratore giudiziario e non attribuisce i poteri speciali al commissario giudiziale. In tal modo, si evita lo spossessamento da un punto di vista formale, ma si opera una sostituzione d’ufficio dell’organo amministrativo, con attribuzione dei relativi poteri all’organo nominato dal tribunale. Si è in presenza di una nuova ed incisiva deroga al tradizionale insegnamento che afferma la sostanziale neutralità delle vicende concorsuali rispetto al contratto e all’organizzazione sociale, potendo adesso il tribunale incidere non solo sul patrimonio sociale, ma anche sugli organi della società>>.

della convocazione dell'assemblea straordinaria dei soci al fine di deliberare un aumento di capitale a pagamento, qualora ai sensi dell'art. 163 tale provvedimento sia previsto dalla proposta concorrente omologata<sup>67</sup>.

A questo punto, è opportuno rilevare alcuni profili di interferenza tra la disciplina dell'esecuzione del concordato e quella dell'aumento reale di capitale sociale. Innanzitutto, la fattispecie descritta nel 6° comma art. 185 L. Fall. rientra a partire dal 2015 tra le cause di esclusione del diritto di opzione di cui al 6° comma art. 2441 c.c. Secondo tale disposizione, quando viene deliberato un aumento di capitale con esclusione o limitazione del diritto di opzione, l'organo amministrativo della società è tenuto a presentare al collegio sindacale una relazione in cui sono esposte le ragioni dell'esclusione o limitazione. Quindi, il collegio sindacale si pronuncia con parere vincolante sulla congruità dell'operazione. Ora, l'art. 185 L. Fall. consente al commissario, previa autorizzazione del tribunale, di sostituirsi agli amministratori e al voto dell'assemblea, ma non di sostituirsi ai sindaci. Pertanto, non è chiaro se il collegio sindacale sia tenuto a sottostare alle indicazioni del commissario (espressione della volontà dei creditori) o se i sindaci possano opporre un rifiuto all'operazione, giudicandola incongrua. La questione è molto delicata, perché nel caso di passiva accettazione da parte dei sindaci si assisterebbe alla subordinazione del principale organo di controllo societario alla volontà di terzi estranei alla società; nel caso di rifiuto, i sindaci sancirebbero il crollo dell'impianto concordatario che la società stessa, in veste di debitrice, ha inteso intraprendere con finalità di risanamento (un concordato liquidatorio difficilmente prevedrà un aumento di capitale).

Meno problematico appare invece il raccordo tra la disciplina dell'aumento di capitale in esecuzione del concordato e quella dei conferimenti. Infatti, dato che i soci non possono impedire l'esecuzione del concordato con una condotta omissiva, tale aumento di capitale può avvenire prima che tutti i conferimenti siano stati integralmente eseguiti, in deroga all'art. 2481, ultimo comma<sup>68</sup>.

## **1.4 Contratti pendenti nel concordato preventivo**

### *1.4.1 Premessa*

Prima della riforma del 2012, si riteneva che i rapporti giuridici preesistenti all'ammissione del concordato non fossero influenzati dalla procedura. Nel 2012 è stata dettata una specifica disciplina in tema con l'introduzione nella legge fallimentare dell'art. 169-*bis*, all'epoca intitolato "contratti in corso di esecuzione". In linea con gli obiettivi generali delle recenti riforme, il suddetto

---

<sup>67</sup> Secondo D'ATTORRE, op. cit., pagg. 1173-1174 questa disposizione dimostra che l'aumento di capitale di cui all'art. 163, 5° comma, deve avvenire previa deliberazione dell'assemblea straordinaria della società, non essendo dunque sufficiente, come poteva prospettarsi dalla lettura dell'art. 163, una mera iscrizione d'ufficio della nuova struttura societaria nel registro delle imprese su ordine del giudice delegato.

<sup>68</sup> Su quest'ultimo punto, D'ATTORRE, op. cit. pag. 1170.

articolo ha ampliato gli strumenti a disposizione dell'imprenditore per favorire il rilancio dell'impresa in crisi, prevedendo la possibilità di interrompere alcuni rapporti contrattuali esistenti e non pienamente compiuti da ciascun contraente. Alla controparte dell'imprenditore viene riconosciuto il diritto a un indennizzo che tuttavia non gode della prededucibilità ai sensi degli artt. 161, 7° comma, 111 e 111-*bis*, poiché il contraente *in bonis* riceve un trattamento equipollente a quello di un chirografario per l'ammontare equivalente al danno subito dal precoce scioglimento del negozio giuridico. Come autorevolmente affermato in dottrina, «lo squilibrio del sinallagma funzionale del contratto è indubbio: il terzo contraente *in bonis* si trova, infatti, a subire la sospensione o lo scioglimento del contratto, senza avere alcuna tutela ad eccezione della indennità pagata in “misura concordataria”»<sup>69</sup>. In sostanza, ciò che rende sfavorevole la posizione del terzo contraente è che la volontà unilaterale del debitore può imporre l'interruzione del rapporto giuridico e il pagamento in “moneta concordataria” che, essendo negata la prededucazione dell'indennizzo, impone di fatto un soddisfacimento parziale per la controparte contrattuale.

Da queste premesse emerge chiaramente il delicato equilibrio fra gli interessi che il legislatore ha cercato di contemperare: da un lato l'interruzione di un rapporto pendente particolarmente oneroso per l'imprenditore è funzionale all'integrità del patrimonio aziendale e dunque tutela la massa dei creditori; dall'altro occorre garantire almeno parzialmente il risarcimento del danno subito dal contraente *in bonis* intaccando il meno possibile la gerarchia pregressa dei creditori; il tutto considerando l'effettivo contributo che il contratto pendente può dare al risanamento o al maggior dissesto dell'impresa, specialmente in relazione alle diverse previsioni che in merito possono essere espresse dalle proposte concorrenti, alla luce dell'ultima riforma.

La disciplina dei rapporti giuridici pendenti non ha subito cambiamenti radicali con la riforma del 2015, che è intervenuta sulla materia al fine di chiarire dubbi interpretativi piuttosto che con finalità di novellazione della normativa previgente. Innanzitutto, l'art. 169-*bis* non ha più rubrica “contratti in corso di esecuzione”, bensì “contratti pendenti”. La nuova terminologia sembra richiamare quella dell'art. 72, che regola i “rapporti pendenti” nella sez. IV della legge fallimentare, in tema di effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti. Il parallelo con l'art. 72 consente di riferire le disposizioni di cui all'art. 169-*bis* a qualunque contratto “*ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti*”. Pertanto, il suddetto articolo non può essere invocato per ottenere lo scioglimento o la sospensione di contratti in cui una delle parti abbia compiutamente eseguito la propria prestazione, per i quali l'art. 169 rinvia agli artt. 55 e 59, rispettivamente relativi agli effetti del fallimento sui debiti pecuniari (sospensione degli interessi per i crediti chirografari, scadenza dei debiti fissata alla data di dichiarazione di fallimento) e agli effetti

---

<sup>69</sup> MARTINELLI M., *L'art. 169-bis L.F. dopo la novella del D.L. 83/2015 (convertito, con modificazioni, dalla L. n. 132/2015): the king is dead?* In *Crisi d'impresa e fallimento*, pag. 4, su [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)

sui crediti non pecuniari (che concorrono secondo il loro valore alla data di dichiarazione del fallimento).

#### 1.4.2 *Il nuovo art. 169-bis*

Anche in seguito alla riforma, la regola generale in tema di contratti pendenti nel concordato preventivo continua a prevedere la continuazione *tout court* del rapporto giuridico, diversamente da quanto avviene nel fallimento, in cui spesso la discrezionalità del curatore è determinante per le sorti del negozio giuridico e in cui è dettata una specifica disciplina per diverse tipologie di contratto<sup>70</sup>. Tuttavia la legge ammette, previa autorizzazione, casi di interruzione del rapporto negoziale per volontà unilaterale del debitore anche nell'ambito del concordato preventivo. In particolare, il nuovo 1° comma dell'art. 169-*bis* stabilisce che il debitore, con il ricorso della domanda di concordato preventivo oppure in un momento successivo, può chiedere che il tribunale *“lo autorizzi a sciogliersi dai contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti alla data della presentazione del ricorso”*. In seguito al decreto di ammissione, la stessa richiesta può essere avanzata nei confronti del giudice delegato. Il tribunale o il giudice delegato si pronunciano sulla richiesta con decreto motivato, dopo aver sentito l'altro contraente e dopo aver assunto, se necessario, sommarie informazioni<sup>71</sup>. Inoltre, *“su richiesta del debitore può essere autorizzata la sospensione del contratto per non più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta”*.

Dunque il 1° comma dell'articolo presenta due diverse fattispecie: lo scioglimento e la sospensione. Come è noto, la prima produce effetti irreversibili per la prosecuzione del rapporto giuridico; la seconda ha funzione cautelare, durata limitata e nessuna incidenza sul mantenimento del negozio giuridico se non nella traslazione temporale in avanti<sup>72</sup>. La funzione cautelare della sospensione consiste solitamente nell'evitare che insorgano crediti prededucibili prima che il piano di concordato venga depositato in cancelleria. In questa fase, infatti, non è ancora possibile sapere se il contratto in questione sarà o meno funzionale alla proposta di concordato. Nell'attesa che il piano venga depositato, la sospensione impedisce la formazione di crediti prededucibili e pertanto è finalizzata a tutelare la massa dei creditori.

---

<sup>70</sup> Come evidenziato da PERRINO-PENTA, *169-bis. Contratti in corso di esecuzione*, in LO CASCIO, *Codice commentato del fallimento 2015*, Ipsoa, Milano, 2015, pag. 2000, la diversa disciplina tra fallimento e concordato preventivo – che non prevede per quest'ultimo la quiescenza *a priori* dei contratti pendenti – risponde alla <<diversa finalità del concordato preventivo, volta alla maggiore valorizzazione dell'esercizio dell'impresa, rispetto a quella essenzialmente liquidatoria della procedura fallimentare, finalità, la prima, che appariva coerente con l'esigenza di preservare la regolare prosecuzione dei rapporti pendenti, sovente essenziali per la continuità dell'attività d'impresa>>.

<sup>71</sup> Secondo VELLA P., *L'atomo di Bohr e le procedure concorsuali: una metafora della interazione tra giudice, debitore e creditori nella crisi d'impresa*, 2015, su [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), <<stride, a confronto [di altre norme in cui il debitore “chiede” al tribunale una determinata autorizzazione, ndr], la mancata previsione di qualsivoglia attestazione per l'autorizzazione allo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione>>.

<sup>72</sup> MARTINELLI, *ibidem*.

Sebbene la norma non discrimini fra i diversi momenti in cui è possibile effettuare lo scioglimento o la sospensione, è opinione diffusa che la sospensione sia destinata a valere nella fase anteriore alla ammissione al concordato, mentre lo scioglimento in quella successiva. In ogni caso, una autorevole corrente di pensiero sostiene che lo scioglimento non dovrebbe mai essere consentito nella fase con riserva<sup>73</sup>.

In dottrina è stato rilevato che in seguito all'ammissione alla procedura avrebbe poco senso sospendere il contratto, non essendo più praticabile la funzione cautelare della sospensione dato che il piano dovrà già contenere una precisa indicazione sulla sorte del contratto. Inoltre la durata della sospensione potrebbe essere insufficiente a coprire l'intervallo di tempo che intercorre tra la ammissione e l'omologazione del concordato. Per quanto riguarda invece lo scioglimento, sembra razionale che questo sia consentito solo successivamente all'ammissione al concordato, perché lo scioglimento durante la fase "in bianco" del concordato rischia di sacrificare gli interessi della controparte contrattuale in assenza di solidi elementi di riscontro e, per di più, incentiva il debitore a fare un ricorso abusivo al concordato con riserva, al solo fine di ottenere furbescamente l'interruzione definitiva di rapporti negoziali ritenuti eccessivamente onerosi, senza l'intenzione di depositare i documenti necessari alla scadenza fissata dal tribunale<sup>74</sup>. Lo scioglimento anteriore all'ammissione dunque confligge con l'impostazione razionale secondo cui soltanto la tutela della massa dei creditori giustifica il trattamento di sfavore riservato al terzo contraente.

Fra gli intenti che il legislatore del 2015 ha perseguito mediante le modifiche all'art. 169-*bis*, vi è certamente quello di fornire un chiarimento in merito al dibattito dottrinale incentrato sul contraddittorio da concedere al contraente che subisce lo scioglimento o la sospensione del contratto<sup>75</sup>. In passato, nel silenzio della norma, vi erano interpretazioni divergenti: da una parte si sosteneva il diritto al contraddittorio invocando l'art. 111 della Costituzione, ponendo particolare enfasi sul danno subito dalla controparte commerciale; dall'altra si sosteneva che il contraddittorio fosse superfluo nell'impianto normativo del concordato e anzi nocivo per l'efficienza della procedura. La riforma ha premiato la prima teoria, dominante già in passato, accogliendo tuttavia

---

<sup>73</sup> L'art. 169-*bis* afferma che il debitore può chiedere la sospensione "con il ricorso di cui all'art. 161 o successivamente". Quindi, la norma non prevede alcuna differenza fra il primo e il sesto comma, cioè fra concordato "pieno" e concordato "con riserva". Tuttavia, come scrive MARTINELLI, op. cit., pag. 7, consentire lo scioglimento durante la fase "in bianco" del concordato, quando cioè non è stata ancora depositata la documentazione ai sensi dell'art. 161, 2° comma, non solo consentirebbe un potenziale abuso dello strumento al solo fine di sciogliere contratti "scomodi", ma <<legittimerebbe lo scioglimento di contratti in una fase nella quale l'imprenditore potrebbe aver ipotizzato un piano che poi, per ragioni contingenti anche indipendenti dalla sua volontà, assume connotati e forme del tutto diverse>>.

<sup>74</sup> MARTINELLI, op. cit., pag. 6

<sup>75</sup> PERRINO-PENTA, op. cit., pagg. 2007 e sgg., scrivendo in un'epoca anteriore alla riforma del 2015, notavano che <<non pare neppure esservi spazio per l'instaurazione del contraddittorio con il contraente *in bonis*, e ciò in quanto, di regola, la fase di ammissione non prevede la partecipazione di parti private diverse dal debitore. [...] Peraltro, nell'ottica di impedire una lesione della sfera giuridico-economica della controparte, sarebbe quantomeno opportuno, prima di decidere, sentirla in contraddittorio [...] sulla richiesta di sospensione o di scioglimento>>.

alcune istanze promosse dai sostenitori della seconda corrente di pensiero. Infatti, il diritto al contraddittorio, ai sensi del nuovo 1° comma art. 169-*bis*, è riconosciuto in caso di richiesta di scioglimento; nessun riferimento al contraddittorio viene invece fatto in relazione alla sospensione. La scelta del legislatore, volta a discriminare fra le due fattispecie, appare opportuna in quanto la sospensione arreca un danno molto più contenuto al terzo contraente, in ogni caso inferiore al danno che subirebbero i creditori in caso di insorgenza di crediti prededucibili a causa della mancata sospensione del contratto. Inoltre, concedere il contraddittorio prima della pronuncia sulla sospensione potrebbe comportare più svantaggi che benefici, perché l'efficienza procedurale ne risentirebbe proprio nella fase in cui la procedura dovrebbe risultare più snella<sup>76</sup>.

A conclusione del 1° comma art. 169-*bis* viene specificato che “*lo scioglimento o la sospensione del contratto hanno effetto dalla comunicazione del provvedimento autorizzativo all'altro contraente*”. Anche in questo caso l'intervento normativo si connota per una finalità di chiarimento interpretativo, in quanto la dottrina era in passato divisa fra chi riteneva che tali effetti dovessero risalire alla data di deposito della domanda, alla dichiarazione di scioglimento o sospensione, alla data di comunicazione al terzo oppure a quella di omologazione del concordato. D'ora innanzi sarà conforme alla legge soltanto la sospensione o lo scioglimento che abbia efficacia *ex nunc*, a partire dal momento in cui tale dichiarazione è comunicata al terzo contraente, fermo restando che il debitore ha facoltà di non avvalersi dell'autorizzazione ottenuta.

La riforma ha poi confermato il principio previgente secondo cui il terzo ha diritto a un indennizzo equivalente al danno cagionato dal mancato adempimento e che “*tale credito è soddisfatto come credito anteriore al concordato*”. Dunque il contraente diventa chirografario per la quota di adempimento che gli sarebbe spettata in assenza di scioglimento o sospensione e in proporzione a tale credito avrà diritto di voto nell'adunanza dei creditori che delibera sull'approvazione del concordato stesso. In ogni caso, resta salva “*la prededuzione del credito conseguente ad eventuali prestazioni eseguite legalmente e in conformità agli accordi o agli usi negoziali, dopo la pubblicazione della domanda ai sensi dell'art. 161*”. Di conseguenza, i crediti sorti per prestazioni svolte dal terzo nel periodo compreso fra la data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese e la data di comunicazione dell'autorizzazione sono considerati prededucibili, purché relativi a prestazioni “*eseguite legalmente e in conformità agli accordi o agli usi negoziali*”. Ciò consente di escludere dalla prededuzione i crediti derivanti da “*prestazioni esorbitanti rispetto a quelle negozialmente convenute*”<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup> Come si è detto, la sospensione viene di solito richiesta anteriormente all'ammissione al concordato. Pertanto dovrebbe essere concessa in tempi ristretti, data l'urgenza giustificata dal pregiudizio che i creditori risentirebbero qualora la sospensione non venga tempestivamente concessa.

<sup>77</sup> STAUNOVO-POLACCO, *Speciale decreto “contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015: i contratti pendenti nel concordato preventivo (art. 169-bis L.F.)*, 2015 in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it)

Tornando al tema dell'indennizzo spettante al terzo, la dottrina non è concorde nel ritenere che la sua indicazione sia indispensabile affinché il tribunale possa pronunciarsi sullo scioglimento del contratto. Tuttavia sembra lecito supporre che la mancata determinazione dell'indennità costituisca una omissione di passività e pertanto una carenza dell'attestazione<sup>78</sup>; inoltre, non sarebbe possibile pronunciarsi sulla fattibilità del piano di concordato in assenza di tali informazioni.

Un ulteriore aspetto problematico riguarda l'eventuale contestazione della corretta quantificazione dell'indennizzo: secondo alcuni, l'organo competente per il giudizio in tema dovrebbe essere il giudice delegato; secondo altri l'autorità giudiziaria ordinaria<sup>79</sup>.

Infine, il novellato art. 169-*bis* detta una specifica disciplina per il contratto di *leasing* finanziario, che merita una particolare attenzione in virtù della sempre maggiore frequenza con cui viene stipulato. Secondo quanto stabilito dall'ultimo comma del suddetto articolo, "*in caso di scioglimento del contratto di locazione finanziaria, il concedente ha diritto alla restituzione del bene ed è tenuto a versare al debitore l'eventuale differenza fra la maggiore somma ricavata dalla vendita o da altra collocazione del bene stesso avvenute a valori di mercato rispetto al credito residuo in linea capitale*". Si evita in tal modo che il concedente possa conseguire un ingiustificato arricchimento sfruttando a suo vantaggio la procedura concordataria e, a tal fine, si dispone che l'eventuale surplus di rendimento derivante dal nuovo impiego del bene restituito sia acquisito alla procedura, in modo da costituire un vantaggio per la massa dei creditori. Qualora invece il concedente non riesca a collocare il bene restituito se non a un valore inferiore a quello residuo in linea capitale del contratto sciolto, avrà diritto a un indennizzo ai sensi del 2° comma art. 169-*bis*. Dunque il concedente potrà vantare un credito chirografario corrispondente al mancato guadagno dovuto alla differenza tra il prezzo a valori di mercato della nuova collocazione del bene e il valore residuo in linea capitale che il bene aveva al momento di scioglimento del contratto<sup>80</sup>.

Dopo aver esaminato la disciplina dei contratti pendenti, è possibile cogliere qualche elemento di perplessità sollevato in dottrina in relazione all'ipotesi in cui il terzo contraente voglia sciogliere o rinegoziare il contratto ma sia impossibilitato a farlo perché il debitore non intende interrompere la relazione contrattuale. In questo caso, le norme generali sui rapporti pendenti nel concordato impongono la prosecuzione del contratto, ma è lecito dubitare che tale impostazione sia effettivamente funzionale all'interesse del ceto creditorio, specialmente se il soggetto costretto suo malgrado a perdurare nel rapporto pendente è un fornitore cosiddetto "strategico". Infatti, un piano

---

<sup>78</sup> Tesi sostenuta da BENASSI, *Concordato preventivo e contratti pendenti: applicabilità dell'art. 169-bis L.F. al concordato con riserva e convocazione del terzo contraente*, 2015, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)

<sup>79</sup> MARTINELLI, op. cit., pag. 11

<sup>80</sup> Tale disciplina ricalca fedelmente le disposizioni in tema di scioglimento del contratto di locazione finanziaria in caso di fallimento esposte nell'art. 72-*quater*, in cui si afferma che <<il concedente ha diritto alla restituzione del bene ed è tenuto a versare alla curatela l'eventuale differenza fra la maggiore somma ricavata dalla vendita [...] rispetto al credito residuo in linea capitale; [...] il concedente ha diritto ad insinuarsi nello stato passivo per la differenza tra il credito vantato alla data del fallimento e quanto ricavato dalla nuova allocazione del bene>>.

di risanamento potrebbe risultare compromesso da atteggiamenti non collaborativi della controparte “strategica”, con evidente pregiudizio alle effettive possibilità soddisfattorie dei creditori<sup>81</sup>.

---

<sup>81</sup> Tesi sostenuta da GENOVIVA P., *Pagamento preferenziale dei fornitori c.d. “strategici” e contratti di durata pendenti*, in *Il Fallimento*, n. 2, 2016, pag. 203, in cui si afferma che il problema in questione non implica necessariamente un soddisfacimento integrale dei creditori strategici, ma l’opportunità di evitare perentorie chiusure a rinegoziazioni che potrebbero avere effetti positivi per i creditori, nella misura in cui evitano il rischio di atteggiamenti ostruzionistici del fornitore.

## CAPITOLO II

### Un presente in bilico fra tradizione e innovazione

#### 2.1 Cenni sull'evoluzione storica del concordato preventivo: concezioni, finalità, normazione.

Dopo aver analizzato le innovazioni apportate dalla riforma del 2015 al concordato preventivo, è forse opportuno ripercorrere brevemente le tappe evolutive che hanno portato a conferire una sempre maggiore centralità di questo istituto nel novero delle procedure concorsuali. In questo modo, sarà più agevole comprendere come le nuove regole si innestino nell'impianto normativo previgente, ponendosi talora in continuità con i recenti orientamenti e talaltra in controtendenza rispetto ad essi. Analogamente, una maggiore chiarezza sulle dinamiche del percorso in atto può favorire l'individuazione delle ragioni sottostanti alle prospettive di riforma che vanno delineandosi nel futuro più immediato.

Notoriamente, ciò che funge da spartiacque fra una visione "arcaica" e una concezione "moderna" delle procedure concorsuali è il rifiuto di un approccio "punitivo" nei confronti dell'imprenditore insolvente. Questi, nella prospettiva contemporanea dei paesi occidentali, non è più considerato una "mela marcia" da epurare dal contesto economico prima che possa generarsi un contagio sistemico fra gli operatori del mercato. Parimenti, il fine perseguito dal legislatore nei moderni sistemi concorsuali non è più la direzione di un'operazione chirurgica finalizzata ad espantare un organo malato, bensì il contemperamento di esigenze diverse, tra le quali emergono la continuità aziendale e la salvaguardia dei livelli occupazionali, in aggiunta alla tradizionale – e un tempo esclusiva – necessità di garantire la migliore soddisfazione possibile ai creditori. Del resto, se lasciare in vita un organo infetto può condurre al contagio di tutto l'organismo sociale, è altrettanto vero che l'espanto elimina un indotto che è linfa vitale per l'organismo stesso. Fuor di metafora, nella prima ipotesi si corre il rischio che i creditori parzialmente insoddisfatti, a loro volta imprenditori, siano costretti a ridimensionare gli investimenti e i flussi produttivi, a danno del sistema economico generale; nella seconda si ha la certezza che i dipendenti del fallito vedranno almeno temporaneamente decurtata la propria capacità di spesa. Ancora una volta, in assenza di soluzioni di tipo *first best*, emerge la necessità di gestire un complesso bilanciamento di interessi<sup>82</sup>.

Ebbene, nel concordato preventivo questa differenza di prospettive fra passato e presente è meno accentuata di quanto a prima vista si potrebbe pensare. Già nel 1930, in riferimento al concordato preventivo, Carnelutti sosteneva che l'"espropriazione del creditore" potesse essere

---

<sup>82</sup> JORIO, *La riforma della legge fallimentare tra realtà e utopia*, in AA. VV., *Società, banche e crisi d'impresa*, vol. IV, UTET giuridica, 2014, pag. 2633, scrive che il <<favore verso la composizione delle crisi mediante accordi tra creditori e debitore diretti ad evitare, ove possibile, la liquidazione fallimentare è in linea con una concezione diffusa a livello mondiale>>, sebbene il processo di uniformazione delle leggi nazionali regolatrici della crisi d'impresa sia molto più lento di quanto avvenga in altri settori del diritto, a causa delle diverse conformazioni dei sistemi socio-economici.

giustificata da finalità di interesse pubblico, riconoscendo pertanto al debitore la possibilità di godere dell'esdebitazione. A dimostrazione della visione tutt'altro che arcaica presente ben prima dell'emanazione del Regio decreto n. 267 del 1942, Carnelutti affermava che «il tribunale deve tendere non tanto ad accertare se il concordato sia un buon affare per i creditori, quanto se il debitore sia meritevole della liberazione<sup>83</sup>». All'epoca, infatti, i requisiti di meritevolezza rappresentavano l'unico sostanziale criterio di accesso per l'imprenditore insolvente al concordato preventivo. E proprio tali requisiti connotavano questo istituto, secondo un noto adagio dell'epoca, come un beneficio per l'imprenditore “onesto ma sfortunato”.

Col passare degli anni, si è affermata progressivamente una impostazione “tradizionalista” secondo cui la funzione essenziale del concordato preventivo è quella di evitare il fallimento dell'imprenditore insolvente. In tale contesto, l'interesse economico-sociale viene inteso non nel «senso assistenzialistico dell'esasperata conservazione dell'unità produttiva e del salvataggio dei posti di lavoro, quanto, invece, nella necessità di “pulizia nel mercato” attraverso l'espulsione delle imprese insolventi e non meritevoli<sup>84</sup>. Questa impostazione porta a consolidare una ferrea gerarchia dei tre interessi in gioco nel concordato preventivo: soddisfazione dei creditori *in primis*, interesse pubblico in seconda istanza e da ultimo l'interesse del debitore alla prosecuzione dell'attività di impresa<sup>85</sup>. Da ciò discende la natura prettamente liquidatoria del concordato in tutto il periodo che precede le riforme degli anni duemila.

Eppure, non erano mancate sollecitazioni provenienti dalla Commissione Europea volte a determinare un'inversione di rotta: le direttive nn. 102/1987 e 90/1988 si erano pronunciate sulla necessità di evitare ove possibile la disgregazione dei complessi aziendali in un'ottica di sostegno all'occupazione, invitando anche a distinguere le sorti dell'imprenditore da quelle dell'azienda<sup>86</sup>. Le due direttive rimasero a lungo non recepite; del resto il legislatore ha dedicato scarsa attenzione alla legge fallimentare fino al 2005, anno di svolta a partire dal quale la disciplina concorsuale è stata oggetto di un'intensa attività riformatrice, peraltro con una frequenza di interventi ravvicinati che non ha precedenti in materia.

Per la verità, la riforma del 2005-2006 si discosta significativamente dalle proposte formulate dalla commissione Trevisanato nel 2004, in cui si prospettava addirittura l'abolizione del concordato preventivo, insieme agli altri procedimenti concorsuali tradizionali, al fine di creare due nuove procedure, da applicare una in stato di insolvenza e l'altra in stato di crisi. Il legislatore ha preferito seguire un altro percorso, basato sulla novellazione del Regio Decreto con cui, anziché

---

<sup>83</sup> CARNELUTTI, *Espropriazione del creditore*, in *Rivista di diritto processuale civile*, I, 1930, pag. 681

<sup>84</sup> FRASCAROLI SANTI E., *Il concordato preventivo*, in PANZANI, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Utet giuridica, Torino, 2014, pag. 519

<sup>85</sup> Sul tema MELI B., *Recupero dell'impresa e liquidazione concorsuale*, in *Atti del convegno SISCO*, Giuffrè, Milano, 1996

<sup>86</sup>FRASAROLI-SANTI, *ibidem*.

sancire l'abolizione del concordato preventivo, ha conferito all'istituto maggiore centralità<sup>87</sup>. Infatti, con la suddetta riforma il concordato preventivo risulta essere l'unica alternativa al fallimento, dato che a partire dal 2006 è stata abolita l'amministrazione controllata, un istituto utilizzato poco e in modo improprio, in quanto il più delle volte vi ricorrevano imprenditori in cerca di un *escamotage* per posticipare il fallimento di società già decotte. Ma non è tanto in funzione di alternativa al fallimento che va interpretata la novità nel ruolo del concordato preventivo, quanto in quello di strumento idoneo a favorire il risanamento delle imprese, anche trasferendo la gestione dell'azienda ad altro imprenditore. Ciò mediante la prevalenza della finalità conservativa sull'ottica liquidatoria, senza tuttavia precludere quest'ultima nel caso in cui la liquidazione sia manifestamente più vantaggiosa per i creditori<sup>88</sup>. Tra le novità principali della riforma rientrano l'abolizione dei requisiti di meritevolezza, l'estensione dell'accesso alla procedura ai casi di crisi reversibile (non solo dunque di insolvenza), la concessione di ampia autonomia nella determinazione del piano, per cui non è più previsto uno schema predefinito; inoltre, si è assistito a una limitazione dei poteri del tribunale, all'accrescimento delle funzioni del comitato dei creditori, alla possibilità di prevedere la suddivisione dei creditori in classi e all'abbreviazione dei tempi del processo. Non sono mancate le difficoltà nell'attuare questo deciso cambio di rotta, in particolare legate all'esigenza di conciliare le nuove disposizioni con un impianto normativo rimasto in buona parte inalterato<sup>89</sup>.

Nonostante il grande sforzo compiuto dal legislatore, i risultati raggiunti dalla riforma sono stati piuttosto deludenti: secondo *Assonime*<sup>90</sup>, nel biennio 2005-2007 soltanto il 24% dei concordati preventivi non è stato a carattere meramente liquidatorio, e di questi una quota a dir poco irrilevante prevedeva una effettiva continuità. Pertanto, conscio della necessità di rafforzare ulteriormente gli incentivi alla soluzione concordataria, il legislatore ha varato nel 2012 un'altra importante riforma che ha interessato il concordato preventivo.

In questa circostanza è stato introdotto nell'ordinamento il concordato con riserva (art. 186-*bis*), particolarmente favorevole al debitore perché oltre a consentire la definizione del piano in un momento successivo al deposito della domanda, assicura la protezione del patrimonio dell'imprenditore a partire dall'iscrizione della domanda di concordato nel registro delle imprese. Altre misure sensibilmente vantaggiose per il debitore introdotte nel 2012 sono il meccanismo di approvazione tacita della proposta (abolito nel 2015), le agevolazioni per il conseguimento di nuova

---

<sup>87</sup> Sul tema, FRASCAROLI SANTI, op. cit., pagg. 527 e sgg.

<sup>88</sup> LO CASCIO, op. cit., pag. 2331, ricorda che la scelta fra continuazione o liquidità dipende in ogni caso dal raffronto fra la soddisfazione che sarà presumibilmente percepita dai creditori in un caso piuttosto che nell'altro, fermo restando che, nei limiti della inevitabile incertezza, la proposta di continuità deve essere accompagnata da una attestazione che asseveri la ragionevolezza della prosecuzione dell'attività di impresa, non solo in termini di soddisfazione dei creditori, ma anche di convenienza economica intrinseca dell'operazione.

<sup>89</sup> FRASCAROLI SANTI, *ibidem*.

<sup>90</sup> *Rapporto sull'attuazione della riforma della legge fallimentare e sulle sue più recenti modifiche*, Roma, 2012.

finanza, la possibilità di chiedere la sospensione o lo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione, nonché la specificazione che il perito attestatore è nominato dal debitore.

La riforma del 2012 ha inteso incentivare il ricorso al concordato preventivo. E forse non è un caso che ciò sia avvenuto nel periodo in cui si avvertiva in modo più acuto la crisi economica in Italia. Il 2013 infatti è stato l'anno in cui si è registrato il maggior numero di fallimenti in epoca recente; secondo i dati Cgia di Mestre sono aumentati del 52% rispetto al 2009, anno riferibile a procedimenti sorti nel periodo anteriore alla crisi. In un simile contesto, il legislatore ha individuato nel concordato preventivo lo strumento principe per aiutare imprenditori e lavoratori ad affrontare la congiuntura economica negativa, incentivando il debitore a fare il possibile per evitare la disgregazione del complesso aziendale. Nel perseguire questo obiettivo, il legislatore si è ispirato al *Chapter 11* che regola l'ordinamento concorsuale americano, aderendo progressivamente a un modello che si discosta da alcuni capisaldi della tradizione concorsuale italiana: <<il baricentro dell'interesse tutelato dalla legge fallimentare si è dovuto allontanare dalla tradizionale tutela dei creditori, adottando un modello che stride con la formazione culturale degli operatori del diritto fallimentare in Italia e con solidi principi generali dell'ordinamento, prima fra tutte la parità di trattamento dei creditori e la garanzia patrimoniale generica ex art. 2740 cc>><sup>91</sup>.

In seguito alla riforma del 2012, i tribunali hanno visto impennarsi in modo anomalo le domande di concordato preventivo, registrando un massiccio ricorso alla domanda "in bianco". In almeno la metà dei casi, il piano non è stato depositato entro il termine previsto, con la conseguente decadenza della domanda di concordato. Secondo i dati *CERVED*, entro il settembre 2013 le domande di concordato preventivo sono aumentate del 91% rispetto al settembre 2012<sup>92</sup>. Temendo un uso distorto del concordato derivante dall'eccessivo grado di flessibilità concessa al debitore, il legislatore è intervenuto nuovamente in materia nel 2013, con il "*Decreto del fare*", cercando di limitare l'uso improprio del concordato con riserva, determinando un maggior controllo sulla gestione d'impresa da parte del debitore e dettando una specifica disciplina in tema di contratti con le PA e partecipazione a gare pubbliche dell'azienda in concordato preventivo.

Alla luce delle modifiche intervenute negli anni recenti, considerando anche l'eccesso di disinvoltura che talvolta porta il debitore a travalicare i confini predisposti dalla *ratio legis*, è possibile comprendere la parziale inversione di tendenza che il D.L. 83/2015 ha realizzato riguardo

---

<sup>91</sup> AA. VV., *Esercizio provvisorio e strumenti alternativi per la continuità aziendale*, IPSOA, 2013, pag. 108. Inoltre, a proposito del progressivo esautoramento del principio della *par condicio creditorum*, VELLA, op. cit., ricorda che la riforma del 2005 ha introdotto nel concordato preventivo la possibilità di suddivisione dei creditori in classi, con trattamento differenziato per ciascuna classe e <<senza nemmeno pretendere l'indicazione delle ragioni, come invece fa l'art. 124, comma 2, lett. b), l.fall. per il concordato fallimentare>>. Successivamente, nella stessa direzione si pongono la regola della prededucibilità ai crediti da rimborso di varie tipologie di finanziamenti e di crediti derivanti da atti legalmente compiuti dal debitore preconcorsuario, l'autorizzazione alla sospensione o scioglimento di contratti pendenti e l'autorizzazione al pagamento di crediti anteriori al concordato (novità introdotte nel 2012).

<sup>92</sup> *CERVED, Osservatorio sui fallimenti, novembre 2013*, su [www.cerved.com](http://www.cerved.com)

all'istituto concordatario, mediante un inasprimento dei vincoli a carico del debitore e soprattutto un considerevole rafforzamento dei poteri del ceto creditorio. A ben vedere, in fondo, l'ultima riforma non contraddice gli elementi fondanti della procedura<sup>93</sup>; piuttosto, anziché promuovere il concordato *sic et simpliciter*, detta una disciplina che rispetto al passato sfavorisce il concordato liquidatorio rispetto a quello in continuità, nel tentativo di inculcare nella mentalità comune l'idea che ciò che distingue e rende preferibile il concordato preventivo rispetto al fallimento dovrebbe essere la conservazione del complesso aziendale e la continuazione dell'impresa, in alternativa allo scenario di liquidazione. La inevitabile conseguenza di questa impostazione consiste in una netta riduzione del ricorso al concordato preventivo: secondo gli ultimi dati diffusi dall'osservatorio *CERVED* (comunicato stampa dell'11 febbraio 2016), nel corso del 2015 i concordati preventivi sono diminuiti del 23% rispetto al 2014. Naturalmente, questo calo non è dovuto esclusivamente ai più stringenti vincoli della nuova normazione, ma anche – forse soprattutto – al graduale allentamento della morsa della crisi economica. In ogni caso, sembrerebbe essere infondato il timore di un “flusso netto” dal concordato preventivo al fallimento provocato dalle nuove soglie di ammissibilità al concordato, perché il suddetto comunicato stampa dichiara che tutte le procedure concorsuali – compreso il fallimento – sono sensibilmente diminuite nel 2015.

## **2.2 Le prospettive di riforma**

### *2.2.1 L'istituzione della “commissione Rordorf”*

Il 24 gennaio 2015, il ministro della Giustizia Orlando ha istituito una commissione presieduta dal prof. Renato Rordorf, con l'incarico di effettuare un'analisi organica della disciplina concorsuale alla luce della “rilevanza e complessità delle modifiche normative susseguitesi in materia”<sup>94</sup>. Tra i temi espressamente individuati dal Ministro per un'attenta disamina da parte della commissione, assumono particolare rilevanza ai fini della nostra trattazione l'”individuazione di misure idonee a incentivare l'emersione dalla crisi”, l'”individuazione di strumenti diretti a favorire una maggiore uniformità degli orientamenti giurisprudenziali in funzione della certezza del diritto, della competitività dell'ordinamento e del più ampio supporto alle esigenze di continuità dell'impresa”, l'”incentivazione del concordato preventivo con continuità aziendale, quale strumento diretto alla conservazione dell'impresa con salvaguardia dei livelli occupazionali”, nonché la “previsione di una disciplina inerente alle proposte di piani concorrenti nella procedura di concordato preventivo”. Altri aspetti di impatto non secondario su cui l'attenzione della commissione è invitata a soffermarsi riguardano l'introduzione di una specifica disciplina nazionale dell'insolvenza di gruppo, l'accelerazione dei procedimenti liquidatori, l'armonizzazione delle

---

<sup>93</sup> Sul tema, AMBROSINI, op. cit. pag. 385

<sup>94</sup> Dal decreto del ministero della Giustizia istitutivo della commissione.

norme in tema di preveducibilità e la semplificazione e razionalizzazione della disciplina sul trattamento dei creditori privilegiati e sulla suddivisione dei creditori in classi.

È bene ricordare che la legge n. 132/2015 che ha convertito il D.L. 83/2015 è stata approvata anteriormente all'elaborazione dello schema di disegno di legge delega recante "*Delega al governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*" da parte della commissione ministeriale<sup>95</sup>. E infatti il testo in questione presenta un respiro molto più ampio rispetto alla riforma del 2015. Ciò sembra escludere in radice l'eventualità che l'ultima riforma costituisca un pilastro definitivo per la disciplina concorsuale; anzi, i lavori della commissione Rordorf hanno "preparato il terreno" a quella che sembra configurarsi come una imminente e radicale riorganizzazione dell'ordinamento concorsuale. Pertanto, tali orientamenti possono essere assunti come linee guida delle prospettive di riforma. Naturalmente, la cautela è d'obbligo nel guardare nella "sfera di cristallo" sulla base degli intenti espressi in sede di commissione ministeriale. Come dimostra il caso della commissione Trevisanato del 2004, anche in materia concorsuale i progetti di riforma di solito escono dalla sede parlamentare profondamente trasformati. In ogni caso, le proposte elaborate dalla commissione Rordorf sono di grande interesse e meritano di essere approfondite.

### 2.2.2 *Un quadro unitario sulla crisi d'impresa*

La commissione Rordorf non si è limitata a pronunciarsi punto per punto sulle tematiche individuate dal ministro nel decreto istitutivo: si è spinta fino a redigere <<uno schema di legge delega in cui si prospetta la futura emanazione di un testo normativo che abroghi la vigente legge fallimentare [...] per disciplinare in modo coerente ed unitario il fenomeno dell'insolvenza>><sup>96</sup>. Da molti anni infatti si discute fra gli studiosi in merito all'effettiva opportunità di sostituire la legge fallimentare con un testo organico e moderno, in grado di recepire senza incoerenze intrinseche gli orientamenti più recenti in materia concorsuale e di armonizzare la disciplina italiana con quella comunitaria, con particolare riferimento ai principi emanati dall'Uncitral, alla già citata Raccomandazione n. 2014/135/UE, al Regolamento UE 2015/848 sull'insolvenza transfrontaliera e al "piano d'azione imprenditorialità 2020 COM(2012)<sup>97</sup> emanato dalla Commissione Europea il 9 gennaio 2013.

Come scrive Rordorf nella sua relazione, <<anche solo dal punto di vista dell'immagine appare assai singolare che la normativa di base sia ancora costituita dal r.d. 19 marzo 1942, n.

---

<sup>95</sup> Testo divulgato nel dicembre 2015.

<sup>96</sup> RORDORF R., *Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*, 2015.

<sup>97</sup> Si sottolinea in tale piano, come sintetizzato nella suddetta Raccomandazione, la necessità di <<offrire servizi di sostegno alle imprese in tema di ristrutturazione precoce, di consulenza per evitare i fallimenti e di sostegno alle PMI per ristrutturarsi e rilanciarsi>>.

267>>; è pur vero che al 1942 risale anche il nostro Codice Civile, e che la legge fallimentare ha subito intense modifiche negli ultimi anni per consentire al diritto, come spesso si dice, di “stare al passo con l’economia”. Ma il risultato di questo compulsivo affastellamento di norme, innestate in un *corpus* per molti aspetti distante dalle tendenze contemporanee in materia, ha contribuito ad accentuare <<lo scarto tra le disposizioni riformate e quelle rimaste invariate, che ancora risentono di un’impostazione nata in un contesto temporale e politico ben lontano dall’attuale>>, alimentando crescenti dubbi interpretativi a danno della certezza del diritto. Anche per quest’ultima ragione, una riscrittura organica della disciplina concorsuale consentirebbe di rimediare all’attuale <<approssimazione nella formulazione tecnica delle norme, inevitabile quando si legifera sotto la spinta dell’urgenza>>. Insomma, secondo Rordorf (e gran parte degli studiosi) sembra essere giunto il momento di sostenere <<un approccio di riforma non più episodico ed emergenziale, bensì sistematico ed organico, in modo da ricondurre a linearità un sistema divenuto nel tempo troppo farraginoso>>.

Non è questa la sede più idonea ad una disamina approfondita dell’intero disegno di legge predisposto dalla commissione, pertanto la trattazione è limitata alle proposte di riforma che presentano attinenze con il concordato preventivo<sup>98</sup>.

Innanzitutto, la bozza di legge delega propone di <<introdurre una definizione dello stato di crisi, intesa come probabilità di futura insolvenza>>. Ai fini dell’accertamento giudiziale della crisi o dell’insolvenza, si prospetta l’adozione di un unico modello processuale, cosicché la fase iniziale delle varie procedure concorsuali verrebbe a coincidere con un unico procedimento standard, in cui lasciare grande spazio agli strumenti negoziali di ricomposizione della crisi e in cui favorire le finalità di ristrutturazione rispetto a quelle disgregatorie. Tale procedimento deve connotarsi per celerità e deve prevedere la legittimazione ad agire dei soggetti con funzioni di controllo sull’impresa, nonché del pubblico ministero sulla base di fondati indizi di insolvenza<sup>99</sup>. Secondo lo schema di legge delega, nello svolgimento della procedura deve essere garantita <<priorità di trattazione, salvi i casi di abuso, alle proposte che comportino il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale, anche per il tramite di un diverso imprenditore>> limitando la liquidazione

---

<sup>98</sup> Non si può tacere comunque sul grande impatto (emotivo, oltre che tecnico) legato all’eventuale approvazione di alcuni “principi generali” del disegno di legge quali la soppressione del termine “fallimento” e dei suoi derivati (<<per evitare l’aura di negatività e discredito>>) con altri come “insolvenza” o “liquidazione giudiziale”; lo stesso dicasi per l’eliminazione del fallimento d’ufficio. Ciò sembra coerente con le indicazioni contenute nella Raccomandazione 2014/135/UE, secondo cui è opportuno <<limitare gli effetti negativi del fallimento sull’imprenditore per dare a questi una seconda opportunità>>.

<sup>99</sup> Una novità di assoluto rilievo consiste nella previsione secondo cui alla procedura di accertamento dello stato di crisi o di insolvenza deve essere assoggettata ogni categoria di debitore: non solo quelle tradizionalmente esposte al fallimento, ma financo il consumatore e l’imprenditore agricolo, con la sola esclusione degli enti pubblici. In ciò è evidente che il percorso di progressivo avvicinamento al *Chapter 11* americano non è ancora terminato (in America, infatti, il consumatore e l’imprenditore agricolo sono fallibili). In ogni caso, la legge deve disciplinare distintamente gli esiti della procedura per ciascuna categoria di debitore.

giudiziale ai casi in cui non siano praticabili adeguate soluzioni alternative. Inoltre, tra le varie proposte, val la pena di menzionare la determinazione *ex ante* del compenso massimo per i professionisti che intervengono nel corso della procedura, onde evitare che l'attivo disponibile venga eccessivamente intaccato dal pagamento dei crediti prededucibili, e l'istituzione presso il ministero della giustizia di un albo dei soggetti abilitati a svolgere funzioni di controllo e gestione nell'ambito delle procedure concorsuali, su incarico del tribunale e previo rispetto degli opportuni requisiti di professionalità, indipendenza ed esperienza.

Come ricorda Rordorf nella sua Relazione, <<il ritardo nel percepire i prodromi di una crisi fa sì che, nella maggior parte dei casi, questa degeneri in vera e propria insolvenza sino a divenire irreversibile ed a rendere perciò velleitari – e non di rado ulteriormente dannosi – i postumi tentativi di risanamento>>. Pertanto, al fine di <<scongiurare la progressiva distruzione del valore aziendale>> e consentire una <<tempestiva rilevazione delle difficoltà finanziarie che preludono alla crisi>>, la commissione ministeriale ha proposto di istituire una *procedura di allerta e composizione assistita della crisi*.

Si tratta di una procedura non giudiziale e avente carattere di confidenzialità<sup>100</sup>, in cui la mediazione fra gli interessi di debitore e creditori è affidata a professionisti<sup>101</sup> in grado di determinare le soluzioni più adeguate per la riorganizzazione dell'impresa e il superamento della crisi. È previsto per gli organi societari di controllo e per il revisore legale l'obbligo di avvisare immediatamente l'organo amministrativo della società che presenti fondati indizi della crisi; nell'inerzia degli amministratori, l'organo di controllo o il revisore legale possono rivolgersi direttamente all'organismo competente per la composizione della crisi. Inoltre, per creditori qualificati come l'agenzia delle entrate, gli agenti per la riscossione delle imposte e gli enti previdenziali, si prevede l'obbligo di segnalare all'imprenditore o agli organi di amministrazione e controllo "il perdurare di inadempimenti di importo rilevante". Infine, per favorire la propensione dell'imprenditore a ricorrere spontaneamente alle procedure di allerta e composizione assistita della crisi, la commissione ministeriale ha proposto di introdurre un sistema di incentivi finalizzati a premiare il tempestivo ricorso alla procedura.

### 2.2.3 Il futuro del concordato preventivo, come prospettato dalla commissione Rordorf

Nella Relazione di accompagnamento al disegno di legge delega, il presidente della commissione ministeriale si sofferma sulla necessità di introdurre i "contemperamenti" che tutelino

---

<sup>100</sup> Il disegno di legge delega prevede che il debitore sia convocato dall'organismo di composizione della crisi "in via riservata e sotto il vincolo del segreto professionale", affinché le controparti commerciali non oppongano un ingiustificato rifiuto a trattare con l'imprenditore in odore di crisi.

<sup>101</sup> Secondo quanto previsto dal disegno di legge delega, la funzione di mediazione dovrebbe essere di competenza di una sezione specializzata degli organismi di composizione della crisi previsti dalla legge 27 gennaio 2012, n. 3, con opportuni adattamenti.

i creditori dai possibili abusi da parte del debitore, derivanti dalla maggiore flessibilità operativa e decisionale concessa al debitore con le riforme degli anni recenti. In particolare, Rordorf lamenta la scarsa efficacia dimostrata da questa maggiore flessibilità che, contrariamente agli intenti del legislatore, raramente si è tradotta in un incentivo alla continuità aziendale. Infatti, le ultime riforme hanno sì determinato un aumento dei concordati, ma questi hanno continuato ad assumere prevalentemente carattere liquidatorio, dal momento che gli imprenditori continuano a farvi ricorso quando l'impresa è già in stato di conclamata decozione.

Secondo la innovativa concezione della commissione ministeriale, la sovrapposizione tra fallimento (secondo il lessico di Rordorf, la "liquidazione giudiziale") e concordato liquidatorio è inutile e dannosa. Nella Relazione si legge che «quando null'altro v'è da fare, se non liquidare i beni del debitore per soddisfare al meglio le ragioni dei creditori, una pluralità di procedure liquidatorie mal si giustifica, tanto più ove si consideri che l'attuale procedura di fallimento dovrebbe non solo esser destinata a mutar nome, perdendo i connotati di disvalore sociale che ancora oggi la caratterizzano, ma anche a sfociare in modalità di liquidazione [...] sovrapponibili a quelle dell'odierno concordato preventivo liquidatorio. Con il vantaggio, però, di un più sicuro e collaudato meccanismo di accertamento dei crediti e del non trascurabile risparmio di costi dovuto alla nomina di un solo curatore in luogo della pluralità dei professionisti e degli organi oggi presenti nella procedura concordataria». Quindi, anche alla luce dei maggiori costi e dell'allungamento dei tempi che offerte e proposte concorrenti hanno indotto nel concordato preventivo a partire dal 2015, Rordorf sostiene nella Relazione che «il favore per l'istituto concordatario si giustifica non quando il concordato realizzi i medesimi scopi del fallimento, [...] bensì qualora esso valga a garantire la continuità aziendale ed, attraverso di essa, [...] una migliore soddisfazione dei creditori».

Sulla base di queste premesse, lo schema di legge delega elaborato dalla commissione propone di limitare l'ammissibilità di proposte di concordato esclusivamente liquidatorie soltanto ai casi in cui sia previsto un "apporto di risorse esterne che aumentino in misura apprezzabile la soddisfazione dei creditori". In questa evenienza, infatti, debitore e creditori hanno ragione di preferire la soluzione concordataria a quella fallimentare. In tutti gli altri casi, l'unica tipologia di domanda di concordato preventivo ammissibile dovrebbe essere quella di con continuità aziendale, con la plausibile scomparsa dai tribunali del concordato liquidatorio, data la stringente condizione di ammissibilità che per quest'ultimo si prospetta. Un simile intervento normativo non potrebbe lasciare indifferenti gli esperti del settore, perché non solo andrebbe a colpire con netta decisione un istituto che rientra nella quotidianità della giustizia fallimentare, ma soprattutto mira a capovolgere l'impostazione culturale dominante negli operatori del mercato e nei tribunali, sostenendo apertamente che il concordato liquidatorio rappresenta un male per l'ordinamento concorsuale,

laddove in precedenza ci si limitava a sostenere che fosse meno preferibile del concordato di continuità, ma pur sempre auspicabile rispetto al fallimento.

Altra radicale innovazione proposta dalla commissione Rordorf è l'estensione della facoltà di depositare *domande concorrenti* da parte dei creditori, nei soli casi in cui venga accertato lo stato di insolvenza del debitore. Come detto nel capitolo I, la riforma del 2015 consente ai creditori di formulare *proposte concorrenti*, mentre il deposito della domanda di concordato resta prerogativa esclusiva del debitore. Estendere tale facoltà ai creditori consentirebbe di rafforzare l'incentivo per il debitore ad attivarsi tempestivamente nella partecipazione alle misure di allerta e sarebbe maggiormente funzionale alla rivalutazione dell'impresa tramite apporti di terzi, coerentemente con il nuovo assetto prevalentemente continuativo che si vorrebbe conferire al concordato; infine, permetterebbe di risolvere i dubbi relativi agli effetti della revoca della domanda del debitore, dovendosi in tal caso rispondere favorevolmente al quesito inerente alla persistenza delle proposte concorrenti nell'ipotesi di rinuncia del debitore. Non vi sarebbero dubbi di costituzionalità della disposizione, in quanto questa circoscrive ai casi di accertata insolvenza gli effetti espropriativi che potrebbero conseguire dall'approvazione del piano allegato alla domanda concorrente; inoltre, la norma dovrà prevedere il rispetto del contraddittorio e misure cautelari atte a prevenire condotte abusive dei creditori.

Oltre a queste due relevantissime proposte, in riferimento al concordato preventivo il disegno di legge delega prevede altresì:

- L'esplicitazione dei casi in cui è obbligatoria la suddivisione dei creditori in classi;
- La determinazione delle modalità di accertamento della veridicità dei dati aziendali e di verifica della fattibilità del piano di concordato;
- L'ammontare del compenso massimo spettante all'attestatore nominato dal debitore, che deve essere commisurato all'attivo dell'impresa in crisi;
- Un chiarimento sui poteri del tribunale in merito alla valutazione della fattibilità del piano e alla verifica della correttezza dei criteri di formazione delle classi;
- La soppressione dell'adunanza dei creditori, che dovranno partecipare alle operazioni di voto per via telematica;
- L'adozione di un sistema di calcolo delle maggioranze "per teste" allorquando un unico creditore detenga la maggioranza dei crediti ammessi al voto;
- La regolazione del conflitto d'interesse, con particolare riferimento alle proposte concorrenti;
- La disciplina del diritto di voto dei creditori privilegiati per cui sia previsto un pagamento dilazionato o una soddisfazione diversa dal pagamento;

- Un chiarimento sui presupposti per la sospensione dei contratti pendenti e, in seguito alla presentazione del piano, per lo scioglimento degli stessi;
- Un chiarimento in merito alla competenza per la determinazione dell'indennizzo in favore del terzo che subisca lo scioglimento o la sospensione del contratto pendente, nonché sui relativi criteri di quantificazione;
- Una più dettagliata disciplina in tema di esecuzione del piano;
- Una diversa disciplina in tema di revoca, annullamento e risoluzione del concordato preventivo, in modo da consentire l'esdebitazione del debitore in caso di inadempimento del terzo e legittimare il commissario giudiziale a chiedere la risoluzione del concordato qualora sopravvenga una manifesta impossibilità all'esecuzione del piano.

La commissione si è poi interrogata sull'effettiva opportunità, nel sistema concorsuale delineato, di continuare a prevedere la possibilità per il debitore di proporre un concordato "in bianco", perché la preventiva fase di allerta e composizione assistita della crisi, propedeutica alla domanda di concordato, prevedendo la determinazione delle azioni da condurre per favorire il risanamento dell'impresa, fornisce sin dal termine della suddetta procedura tutti gli strumenti utili al debitore per la formulazione del piano. Inoltre, nel modello prospettato dalla commissione ministeriale, il professionista attestatore potrebbe risultare superfluo perché, come si afferma nella Relazione di accompagnamento allo schema di disegno di legge, <<nelle ipotesi in cui la domanda di concordato sia lo sbocco di una precedente procedura stragiudiziale di composizione assistita della crisi, è ragionevole ipotizzare che la suddetta funzione attestatrice possa essere stata già adeguatamente assolta dal professionista designato a seguire tale procedura>>.

Un altro tratto distintivo della riforma organica proposta dalla commissione Rordorf è costituito da una maggiore attenzione dedicata dalla normativa concorsuale al debitore che abbia forma societaria, caso assai frequente nella pratica ma a cui la legge fallimentare dedica tutt'ora uno spazio eccessivamente ridotto. A tal proposito, si prevede (i) di esplicitare i presupposti per l'estensione degli effetti dell'esdebitazione nei confronti dei soci illimitatamente responsabili; (ii) di regolare conformemente alle disposizioni del codice civile l'azione sociale di responsabilità e l'azione dei creditori sociali; (iii) di imporre agli amministratori la tempestiva attuazione della proposta omologata, consentendo che tale esecuzione venga posta in atto da un amministratore provvisorio (non necessariamente dal commissario giudiziale, come previsto dalla riforma del 2015) nominato dal tribunale e dotato del potere di sostituirsi ai soci nell'esercizio del voto in assemblea, garantendo strumenti informativi a tutela dei soci; (iv) di colmare la lacuna nella disciplina

concorsuale inerente alle operazioni straordinarie di trasformazione, fusione e scissione realizzate nel corso della procedura<sup>102</sup>.

Altra grave lacuna della legge fallimentare su cui la commissione ministeriale è intervenuta proponendo una articolata disciplina è quella relativa ai gruppi di società. In particolare, limitatamente agli aspetti inerenti al concordato preventivo, si suggerisce di consentire alle società di un gruppo in crisi o insolventi di proporre con un unico ricorso la domanda di ammissione al concordato preventivo, ferma restando l'autonomia delle rispettive masse attive e passive; inoltre, viene specificata l'opportunità di postergare il rimborso dei crediti di società appartenenti allo stesso gruppo, con possibilità di deroga in caso di erogazione di nuova finanza concessa in funzione o in esecuzione del concordato preventivo. Infine, se le società del gruppo si avvalgono della facoltà di gestione unitaria del concordato, si propone di: (i) nominare un unico giudice delegato e un unico commissario giudiziale; (ii) depositare un fondo unico per le spese di giustizia; (iii) far votare contemporaneamente e separatamente i creditori di ciascuna società; (iv) escludere dal diritto di voto i creditori appartenenti al gruppo e titolari di crediti verso altre imprese assoggettate alla procedura; (v) specificare gli effetti dell'annullamento o risoluzione della proposta unitaria omologata; (vi) determinare i criteri per la redazione del piano unitario di concordato.

---

<sup>102</sup> Più in dettaglio, la bozza di legge delega prevede in caso di trasformazione, fusione e scissione: a) di consentire l'opposizione dei creditori solo in sede di controllo giudiziale sulla legittimità della domanda concordataria; b) di sancire l'irreversibilità degli effetti delle operazioni, anche in caso di risoluzione o annullamento del concordato, salvo il diritto al risarcimento dei soci o terzi danneggiati; c) di negare ai soci il diritto di recesso in seguito ad operazioni che modificano la struttura organizzativa o finanziaria della società.

## CONCLUSIONI

Non è semplice fornire un giudizio d'insieme sulle novità introdotte dalla legge di conversione del D.L. 83/2015 nel concordato preventivo. La dottrina in merito ha mostrato orientamenti divergenti, qualificando in nuovo dettato normativo perlopiù con epiteti poco edificanti quali “miniriforma”<sup>103</sup> o addirittura “controriforma”<sup>104</sup>.

La prima categoria di qualificazione è giustificata dal raffronto tra l'ampiezza di raggio d'azione delle riforme del 2005 e del 2012 rispetto a quella del 2015, focalizzata su pochi aspetti della disciplina del concordato preventivo e talvolta limitata, come nel caso delle integrazioni in tema di contratti pendenti, al chiarimento a fini interpretativi di norme introdotte con le riforme degli anni precedenti.

Tuttavia, sarebbe inopportuno attribuire al carattere di “miniriforma” la volontà di sminuire la portata delle novità intervenute nel 2015 nella disciplina concordataria, novità che hanno incidenza sulla procedura sia da un punto di vista quantitativo – come nel caso della previsione di varie categorie di soglie di sbarramento – che qualitativo, come dimostra la nuova normativa in tema di contendibilità delle imprese in crisi. Anzi, proprio la previsione di consentire la presentazione di proposte concorrenti rappresenta forse l'innovazione più ardita compiuta dal legislatore della materia concorsuale nell'ultimo decennio. In virtù di tali considerazioni, appare invero ingenerosa la qualifica di “controriforma” che alcuni commentatori hanno assegnato al recente intervento legislativo. È innegabile che alcune disposizioni della nuova disciplina concordataria, prima fra tutte la determinazione di una soglia minima di pagamento dei chirografari quale requisito di ammissibilità del concordato liquidatorio, richiamano all'impostazione del 1942, in quanto già presenti nella originaria veste della legge fallimentare. È vero anche che le forti limitazioni alle libertà del debitore intervenute nel 2015 rappresentano un'inversione di tendenza rispetto al percorso intrapreso dal legislatore a partire dal 2005, andando a recuperare una impostazione meno permissiva nei confronti dell'imprenditore in crisi. Ma ciò è avvenuto in risposta a un eccessivo sbilanciamento di arbitrarietà decisionale in favore del debitore che, secondo i dati provenienti dai tribunali, non di rado ha sfruttato la maggiore flessibilità derivante dalle ultime riforme per attuare comportamenti abusivi nei confronti dei creditori, quasi mai attivandosi tempestivamente per favorire la composizione della crisi mediante un adeguato piano di continuità aziendale.

---

<sup>103</sup> AMBROSINI, op. cit. pag. 359

<sup>104</sup> FABIANI, op. cit. pag. 2

La riforma del 2015 appare coerente con gli orientamenti legislativi degli ultimi anni in quanto mira a premiare la continuità dell'attività d'impresa rispetto allo scenario liquidatorio, sia esso realizzato mediante la soluzione concordataria o fallimentare. Inoltre, le innovazioni in tema di contendibilità perseguono una serie di obiettivi dichiarati dal legislatore del 2005 e del 2012 ma non ancora centrati appieno, quali ad esempio l'incentivazione alla buona condotta del debitore, alla tempestiva emersione dello stato di crisi, alla integrità del complesso aziendale e, non da ultimo, alla massimizzazione della soddisfazione dei creditori.

Ciò non significa che il D.L. 83/2015 sia esente da aspetti ampiamente criticabili. Nel Capitolo I sono stati evidenziati svariati esempi di norme connotate da dubbia razionalità, incerta coerenza con l'impianto normativo previgente, scarsa attenzione a temi sensibili quali il conflitto d'interessi, formulazione poco chiara che comporta eccessiva discrezionalità dell'interprete. Ma è lecito ritenere che tali vizi normativi siano in buona parte imputabili alla tecnica legislativa della decretazione d'urgenza, che impone in fase parlamentare una frenetica e superficiale votazione degli emendamenti al fine di scongiurare lo scadere del termine di sessanta giorni per la conversione in legge. Naturalmente, non è questa la sede opportuna per denunciare l'annoso tema dell'abuso del ricorso ai decreti legge. Tuttavia, è opportuno riflettere sugli effetti che una scarsa qualità normativa determina sull'efficienza procedurale e sulla certezza del diritto nel panorama concorsuale; per le stesse ragioni, sarebbe auspicabile che il proposito espresso dal prof. Rordorf – riorganizzare in modo sistematico la disciplina concorsuale con la redazione di un testo organico che vada ad abrogare la legge fallimentare – possa concretizzarsi in tempi non biblici, in modo da superare incoerenze e anacronismi che relegano il diritto fallimentare italiano ad una affannosa rincorsa verso l'adeguamento ai principi comunitari.

In ogni caso, è opinione condivisa che la riforma del 2015 non rappresenti un punto d'arrivo, semmai un intervento propedeutico a riforme future, che potranno discostarsi in modo più o meno ampio rispetto alle linee guida proposte dalla commissione Rordorf. Sarà il tempo a verificare se il concordato preventivo continuerà ad essere richiesto prevalentemente in funzione di alternativa al fallimento, oppure se l'intento del legislatore di favorire il risanamento e la continuità d'impresa, finora disatteso nella prassi, troverà infine il giusto riconoscimento.

## BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Esercizio provvisorio e strumenti alternativi per la continuità aziendale*, IPSOA, Milano, 2013
- AA. VV., *La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015*, Giappichelli, Torino, 2015
- AA. VV., *Schema di disegno di legge delega recante “delega al governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell’insolvenza”*
- Ambrosini, *Il nuovo concordato preventivo alla luce della <<miniriforma>> del 2015*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali* n. 5, Cedam, 2015
- Ambrosetti-Mezzetti-Ronco, *Diritto penale dell’impresa*, Zanichelli, Bologna, 2009
- Assonime, *Rapporto sull’attuazione della riforma della legge fallimentare e sulle sue più recenti modifiche*, Roma, 2012
- Benassi, *Concordato preventivo e contratti pendenti: applicabilità dell’art. 169-bis L.F. al concordato con riserva e convocazione del terzo contraente*, 2015, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)
- Bongioanni-Bonaudi, *Il ruolo del commissario giudiziale*, in Demarchi-Giacomazzi, *Le procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 2008
- Bozza, *Brevi considerazioni su alcune norme della ultima riforma*, 2015, in [www.fallimentiesocietà.it](http://www.fallimentiesocietà.it)
- Cabutti-Aprile, *Il concordato preventivo: il ruolo tecnico del professionista attestatore*, in Demarchi-Giacomazzi, *Le procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 2008
- Carnelutti, *Espropriazione del creditore*, in *Rivista di diritto processuale civile*, I, 1930
- CERVED, *Osservatorio sui fallimenti, novembre 2013; Comunicato stampa 11/02/2016*
- Covino-Jantet, *Il concordato con continuità aziendale: linee guida e sindacato del tribunale nella fase ammissiva*, 2013, su [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it)
- D’Attorre, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, in *Il Fallimento*, n. 11, 2015
- Fabiani, *L’ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, 2015, su [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)
- Fontana, *brevi note riguardo agli effetti sul piano penale delle nuove norme in materia di concordato preventivo*, in Ambrosini-Tron, *Piani di ristrutturazione dei debiti e ruolo dell’attestatore alla luce dei “Principi di attestazione e della riforma del 2015*, Zanichelli, Bologna, 2016
- Frascaroli-Santi, *Il concordato preventivo*, in Panzani, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Utet giuridica, Torino, 2014

- Genivova, *Pagamento preferenziale dei fornitori c.d. "strategici" e contratti di durata pendenti*, in *Il Fallimento*, n. 2, 2016
- Guidotti, *Misure urgenti in materia fallimentare (D.L. 27 giugno 2015, n. 83): le modifiche alla disciplina del fallimento e le disposizioni dettate in tema di proposte concorrenti*, 2015, su [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)
- Jorio, *La riforma della legge fallimentare tra realtà e utopia*, in AA. VV., *Società, banche e crisi d'impresa*, vol. IV, Utet giuridica, Torino, 2014
- Lo Cascio, *Codice commentato del fallimento 2015*, Ipsoa, Milano, 2015
- Martinelli, *L'art. 169-bis L.F. dopo la novella del D.L. 83/2015 (convertito, con modificazioni, dalla L. n. 132/2015): the king is dead?*, 2015, su [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)
- Meli, *Recupero dell'impresa e liquidazione concorsuale*, in *Atti del convegno SISCO*, Giuffrè, Milano, 1996
- Nardecchia, *Le modifiche alla proposta di concordato*, 2015, su [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)
- Panzani, *Il decreto correttivo della riforma delle procedure concorsuali (prima parte)*, in *Quotidiano giuridico IPSOA*, 2007
- Perrino-Penta, *169-bis. Contratti in corso di esecuzione*, in LO CASCIO, *Codice commentato del fallimento 2015*, Ipsoa, Milano, 2015
- Preziosi, *La responsabilità penale del professionista nel concordato preventivo*, in Ghia-Piccininni-Severini, *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. 6, Utet, Torino, 2012
- Rossi, *Il contenuto delle proposte concorrenti nel concordato preventivo (prime riflessioni)*, 2015, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)
- Rordorf, *Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*, 2015, su [www.fallimentiesocietà.it](http://www.fallimentiesocietà.it)
- Sabatelli, *Appunti sul concordato preventivo dopo la legge di conversione del D.L. n. 83/2015*, 2015, su [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)
- Savioli, *Concorrenza nel mercato e per il mercato delle crisi d'impresa. Le innovazioni del D.L. 83/2015 per la procedura di concordato preventivo*, 2015, su [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)
- Staunovo-Polacco, *Speciale decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: i contratti pendenti nel concordato preventivo (art. 169-bis L.F.)*, 2015 in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it)
- Varotti, *Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare*, su [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)
- Vella, *L'atomo di Bohr e le procedure concorsuali: una metafora della interazione tra giudice, debitore e creditori nella crisi d'impresa*, 2015, su [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)
- Zanichelli, *Il ritorno della ragione o la ragione di un ritorno?* 2015, su [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)

## **FONTI GIURIDICHE**

- Decreto legge 27 giugno 2015, n. 83
- Legge 6 agosto 2015, n. 132
- Direttiva 102/1987 CEE
- Direttiva 90/1988 CEE
- Raccomandazione 2014/135/UE
- Regolamento UE 2015/848
- piano d'azione imprenditorialità 2020 COM(2012) 795 Final
- Cass. 7 giugno 1993 n. 6367
- Cass. 23 gennaio 2013 n. 1521
- Cass. 23 maggio 2014 n. 11497
- Cass. 4 luglio 2014 n. 15345
- Cass. 28 aprile 2015 n. 8575