

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

CATTEDRA DI DIRITTO COMMERCIALE 2

**CONCORDATO PREVENTIVO: LA *RATIO* ALLA BASE DELLE
MODIFICHE DEL NUOVO CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E
DELL'INSOLVENZA**

RELATORE

Chiar.mo Prof.
Antonio Nuzzo

CORRELATORE

Chiar.mo Prof.
Paolo Tullio

CANDIDATO

Valentina Tesei
Matr. 138463

ANNO ACCADEMICO 2019/2020

<i>Introduzione</i>	<u>1</u>	1
Capitolo 1: L'istituto del concordato preventivo	<u>3</u>	3
SEZ. I EVOLUZIONE NORMATIVA DEL CONCORDATO PREVENTIVO	<u>3</u>	3
I.1. Origine storica del concordato preventivo	<u>3</u>	3
I.2. L'istituto nel disegno originario della legge fallimentare: il Regio Decreto n. 267/1942	<u>5</u>	5
I.3. Le novità introdotte a seguito della riforma del 2005	<u>8</u>	8
I.4. Il "Decreto sviluppo": L. 7 Agosto 2012, n.134 e "Decreto del fare" d.l 21 giugno 2013, n.69;	<u>11</u>	11
I.5. La "miniriforma" del 2015	<u>16</u>	16
SEZ. II LE FASI DEL PROCEDIMENTO NELL'ATTUALE NORMATIVA	<u>19</u>	19
II.1 Requisito soggettivo	<u>19</u>	19
II.2. Requisito oggettivo	<u>22</u>	22
II.3. Piano di concordato	<u>23</u>	23
II.3.1. Suddivisione dei creditori in classi		
II.3.2 Offerte concorrenti		
II.4. Proposta di concordato	<u>29</u>	29
II.4.1. Il trattamento dei creditori privilegiati		
II.4.2. Proposte concorrenti		
II.5 Domanda di concordato. La competenza e i documenti allegati	<u>34</u>	34
II.5.1. Attestazione del professionista		
II.5.2. Domanda di concordato in bianco		
II.6. Concordato in continuità	<u>37</u>	37
II.7. Gli organi della procedura	<u>40</u>	40
II.7.1. Il giudice delegato		
II.7.2. Il tribunale		
II.7.3 Il commissario giudiziale		
II.8. Gli effetti della domanda di ammissione	<u>43</u>	43

II.8.1. Amministrazione dei beni durante la procedura	
II.8.2. Effetti nei confronti dei creditori: sospensione azioni esecutive e cautelari	
II.8.3. Gli effetti sui contratti pendenti	
II.9. Approvazione del concordato _____	48
II.9.1. Mancato raggiungimento della maggioranza	
II.10. Il giudizio di omologazione _____	52
II.10.1. Il sindacato del tribunale	
II.10.2. Decreto di omologazione e impugnazioni	
II.10.3. La pluralità di effetti del decreto di omologazione	
II.11. Esecuzione del concordato. La fase di chiusura _____	58
II.12. Risoluzione e annullamento del concordato _____	60
Capitolo 2: Pronunce giurisprudenziali _____	63
2.1. Introduzione al problema dell’“abuso del concordato” _____	63
2.2. Caso applicato di abuso del concordato: Cass. Civ. Sez I, Sent., 14-02-2017, n. 3836.	66
2.2.1. Questioni di fatto _____	66
2.2.2. Svolgimento del processo: sentenza della Corte d’appello _____	66
2.2.3. Motivazioni della parte e decisione della Cassazione _____	68
2.2.4. Considerazioni _____	74
2.3. Cass. Civ., Sez. I, 12 marzo 2020, n. 7118.: fattispecie di abuso del concordato _____	75
2.3.1. Questioni di fatto _____	75
2.3.2. Svolgimento del processo: sentenza della Corte d’appello _____	75
2.3.3. Motivazioni della parte e decisione della Cassazione _____	76
2.4. Rapporto concordato preventivo e fallimento _____	80
Capitolo 3: Il nuovo concordato preventivo _____	86
3.1. L’armonizzazione europea delle discipline nazionali in materia di insolvenza _____	86
3.2. Il Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza: profili generali _____	89
3.3. Il nuovo concordato preventivo alla luce del CCII: rimedi contro l’abuso _____	94
3.3.1. Marginalizzazione del concordato preventivo meramente liquidatorio.	

3.3.1.1. Concordato con piano in continuità: le modifiche del CCII

3.3.1.2. Altre innovazioni nella disciplina del concordato

3.3.2. Ruolo chiave del commissario giudiziale nella prevenzione di abusi del concordato preventivo

3.3.3. Nuovi principi di carattere processuale e potenziamento dei poteri di controllo del tribunale in sede di ammissione al concordato preventivo

3.4. Altri presidi normativi del CCII contro l'abuso del concordato preventivo ____ 108

3.4.1. I doveri di correttezza e buona fede di debitore e creditori.

3.4.2. Introduzione delle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi.

3.4.3. Preclusione all'accesso agli strumenti di composizione della crisi d'impresa da parte di imprenditori (e società) cancellati dal registro delle imprese.

***Conclusioni* _____ 116**

***Bibliografia* _____ 121**

***Giurisprudenza* _____ 128**

Introduzione

Il presente elaborato si pone come scopo quello di analizzare la *ratio* alla base delle modifiche apportate all'istituto del concordato preventivo dal D. Lgs. n. 14 del 12 gennaio 2019, emanato in attuazione della L. 155 del 19 ottobre 2017, il quale introduce nell'ordinamento il nuovo Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza¹.

La mia attenzione si è focalizzata su tale strumento concorsuale in quanto esso rappresenta una delle modalità più utilizzate di risoluzione della crisi di impresa e, diversamente dal fallimento, si caratterizza per la previsione di un accordo predisposto dall'imprenditore (o anche dai creditori). Al fine di regolare lo stato di crisi o di insolvenza in cui versa tale soggetto è necessaria l'approvazione da parte del ceto creditorio e l'omologazione del tribunale.

Prima di addentrarci nella disamina delle novità introdotte con il CCII, è opportuno compiere, come illustrato nel primo capitolo, una completa panoramica dell'istituto del concordato preventivo, individuandone la struttura e la relativa funzione; pertanto è necessario porre l'attenzione sulla sua evoluzione storica per meglio chiarire le ragioni sottese a tale intervento riformatore.

Il Codice oltre a presentare una serie di novità, interviene al fine di fornire una soluzione ad una prassi illecita che ha coinvolto nel recente passato tale strumento concorsuale: i debitori, ormai decotti, erano soliti presentare domande di concordato, talvolta anche reiterate, con lo scopo unico di ritardare la dichiarazione di fallimento.

Sul punto sono intervenute una serie di pronunce della giurisprudenza, che ha cercato di porre un freno a tale prassi.

A tal proposito nel secondo capitolo verranno analizzate due sentenze cardine che, in modo parzialmente diverso, affrontano tale problema.

La prima sentenza² della Cassazione, come vedremo, si orienta nel senso di sanzionare tale condotta illegittima, ricorrendo alle clausole generali dell'ordinamento, e più specificatamente a quella dell'abuso del diritto/processo, al fine di dichiarare inammissibile la domanda di concordato che non si pone come scopo quello di regolare

¹ D'ora in poi nominato CCII.

² Cass. Civ. Sez I, Sent., 14-02-2017, n. 3836.

la situazione di crisi, attraverso un accordo con i creditori, ma è adottata esclusivamente per differire la dichiarazione di fallimento.

La seconda sentenza³ sembra fare un passo ulteriore, in quanto corre in soccorso della giurisprudenza al fine di delineare una molteplicità di ipotesi ove è possibile configurarsi una fattispecie di abuso del concordato.

Dalla disamina di tali casi giurisprudenziali emerge fin da subito una grave lacuna della legge fallimentare⁴ - normativa su cui ancor oggi poggia il nostro intero sistema concorsuale - la quale crea incertezza e pone le fondamenta per una casistica di pronunce giurisprudenziali, che si connotano per l'ampia discrezionalità del giudice circa l'individuazione di ipotesi di abuso dello strumento concordatario.

Il nodo centrale del presente elaborato consiste nel chiarire i nuovi presidi normativi predisposti dal legislatore per ovviare a monte l'utilizzo abusivo e dilatorio del concordato preventivo, limitando il ricorso della giurisprudenza all'utilizzo di dette clausole generali.

Ciò che appare evidente, da un'analisi complessiva del nuovo impianto normativo, è un vero e proprio cambio di rotta: la nuova disciplina, sembra avvertire le sollecitazioni derivanti dal panorama europeo, e risulta essere sensibile al valore della continuità aziendale, in quanto questa garantisce il miglior soddisfacimento dei creditori, tra cui vi rientrano anche i soggetti impiegati nell'azienda.

Perciò, il legislatore sembra aver preso coscienza dell'inidoneità delle procedure concorsuali precipuamente liquidatorie, ossia quelle volte esclusivamente a dismettere il patrimonio dell'imprenditore in crisi, e privilegia il risanamento e il recupero dell'azienda. Pertanto, sarà favorito il concordato preventivo con piano in continuità, diversamente il concordato liquidatorio rappresenterà un'opzione residuale, a cui potrà ricorrere l'imprenditore solo nel caso in cui vi sia l'apporto di risorse esterne.

Quindi come vedremo, il Codice si apre a nuovi valori: in via preliminare ad una tutela più efficace dei creditori, e più specificatamente anche dei lavoratori impiegati nel complesso aziendale, e in senso più ampio, si pone quale finalità ulteriore la stabilità dell'intera economia.

³ Cass. Civ., Sez. I, 12 marzo 2020, n. 7118.

⁴ Regio Decreto 16 marzo 1942 n. 267.

Capitolo 1: L'istituto del concordato preventivo

SEZ. I EVOLUZIONE NORMATIVA DEL CONCORDATO PREVENTIVO

I.1. Origine storica del concordato preventivo

L'antecedente storico del concordato preventivo è l'istituto della moratoria che trova la sua prima disciplina nella legislazione italiana nel codice di commercio del 1882 agli artt. 819-829⁵. Il codice poneva una distinzione tra una moratoria volta ad ottenere la sospensione dell'esecuzione della sentenza di fallimento, che si risolveva in un accordo stragiudiziale (*ex art. 827*) ed una successiva al fallimento, che si risolveva con un concordato amichevole (*ex art. 819*).

Si riteneva che il dissesto fosse un difetto essenzialmente funzionale, ossia uno squilibrio momentaneo fra attività liquide e passività scadute perciò il codice accordava al debitore, che irresponsabilmente fosse incorso nella cessazione dei pagamenti per eventi imprevedibili, di richiedere ai propri creditori, i quali si esprimevano mediante votazione, una dilazione di favore concessa dall'autorità giudiziaria. Il debitore doveva però dar prova della ragionevole eccedenza delle attività sulle passività e doveva depositare i libri di commercio regolarmente tenuti; tuttavia la valutazione sulla giustificazione della condotta era rimessa al prudente apprezzamento del giudice⁶. Il meccanismo della moratoria si è rivelato inefficace perché attratto da vincoli troppo rigidi (il presupposto dell'eccedenza dell'attivo sul passivo) e abbandonato a condotte opportunistiche dei creditori⁷.

Con la legge 24 maggio 1903 n. 197 entrava in vigore la normativa sul concordato preventivo e la procedura di moratoria venne abrogata. Il nuovo istituto, nei fatti, andava a regolare in modo diverso e più adeguato la moratoria anteriore alla dichiarazione di fallimento ed eliminava del tutto la moratoria successiva al fallimento. Nell'idea del legislatore il concordato preventivo doveva apparire come «*una procedura mite, volta a premiare il debitore corretto ma sfortunato, idonea a salvaguardare i creditori e a*

⁵ Il Capo II del titolo VI del libro III

⁶ M. VITALEVI, "La moratoria nel nuovo codice di commercio italiano in relazione ai codici olandese e belga", Torino, 1884, p.38.

⁷ A. BUTERA, "Moratoria. Concordato preventivo. Procedura dei piccoli fallimenti", Torino, 1938, p.25

*consentire lo svolgimento delle relazioni commerciali, evitando concordati amichevoli espressioni di comportamenti illeciti e costose procedure di fallimento.*⁸

Tale istituto veniva congegnato come una possibilità per fronteggiare la crisi momentanea dell'impresa data al debitore (commerciante o società commerciale legalmente costituita), il quale ritenendo di poterla superare con un "*armistizio giudiziario (moratoria)*" e con la riduzione dei debiti sprovvisti di diritti di prelazione, poteva chiedere al tribunale, nella cui giurisdizione ha la sede principale l'impresa, di convocare tutti i suoi creditori per tentare un accordo conciliativo, di tipo amichevole, con le loro maggioranze di numero e di somma (metà più uno dei votanti che rappresentino tre quarti dei debiti). Era necessario il ricorrere di determinate condizioni⁹ altrimenti il tribunale procedeva alla dichiarazione di fallimento. Il contratto che veniva concluso con la maggioranza dei creditori era soggetto ad omologazione da parte del tribunale e si qualificava come un accordo prefallimentare, cioè con lo scopo di evitare la dichiarazione di fallimento. Durante la procedura, il debitore continuava ad amministrare i suoi beni e proseguiva tutte le operazioni ordinarie della sua impresa con l'obbligo di conservare l'integrità al modo di un "*sequestratario dei proprio beni*"¹⁰, sotto la vigilanza del commissario giudiziale e direzione del giudice delegato, nominati dal tribunale. Si pone fin da subito il problema della natura del concordato preventivo: durante la vigenza della legge del 1903 risultava dominante la teoria contrattuale secondo la quale i contraenti erano da un lato il debitore e dall'altro i creditori, ma tale tipo di contratto al pari di altri pur avendo forza tra le parti esprimeva degli effetti verso terzi. Secondo un orientamento marcatamente contrattuale, il tribunale interveniva mediante omologazione al sol fine di dar efficacia ad un accordo già stipulato e con l'esigenza di garantire i creditori dissenzienti senza alcuna capacità di intervenire con modificazioni.

⁸ A. DIDONE, "*Le riforme delle procedure concorsuali*", Tomo II, Milano, 2016, p.1661

⁹ Per l'ammissione a tale concordato preventivo si richiedevano determinate condizioni:

1. la legale costituzione della società, e la regolare tenuta dei libri dell'azienda, così da poterne accertare, con relativa sollecitudine, l'attivo e il passivo, almeno per il triennio anteriore al ricorso, anche perché non è imposta l'insinuazione e la verifica dei singoli crediti come lo è nel fallimento;
2. la mancanza di colpe da parte del debitore concordatario, vittima dell'alea commerciale, non artefice volontario del proprio dissesto;
3. l'offerta da parte del debitore di serie garanzie, reali o personali, di poter pagare almeno il 40 per cento del capitale dei crediti non privilegiati e non garantiti da pegno o ipoteca, i quali invece si devono pagare per intero

¹⁰ A. DIDONE, *op.cit.*, p.1662

I.2. L'istituto nel disegno originario della legge fallimentare: il Regio Decreto n. 267/1942

Con l'entrata in vigore della legge fallimentare (RD 16 marzo 1942 n. 267) l'istituto del concordato preventivo è stato regolamentato agli artt. 160-186, si tratta di una normativa tuttora in vigore che ha introdotto notevoli modifiche rispetto alla legislazione precedente. Tuttavia nel 1942 i profili etici erano ancora marcati e si giustificava il sacrificio dei creditori con la meritevolezza del debitore, restando scalfito il detto *“dell'imprenditore onesto ma sfortunato”*¹¹.

Il testo originario dell'art. 160 della legge fallimentare delineava immediatamente le condizioni per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, prevedendo determinati requisiti, sia di natura personale che patrimoniale¹². Le condizioni di tipo personale e soggettivo che dovevano essere rispettate dal debitore per accedere alla procedura di concordato erano le seguenti:

- a) la natura di imprenditore commerciale non piccolo del debitore richiedente, ai sensi dell'art. 2082 c.c.;
- b) lo stato di insolvenza;
- c) l'iscrizione nel registro delle imprese da almeno un biennio o dall'inizio dell'attività, se questa avesse avuto una durata inferiore;
- d) la tenuta regolare della contabilità nel biennio precedente la domanda, sia dal punto di vista formale che sostanziale;
- e) il debitore non doveva essere stato dichiarato fallito negli ultimi cinque anni, né ammesso alla procedura di concordato preventivo;
- f) per lo stesso periodo di tempo, il debitore non doveva essere stato condannato per bancarotta o per delitti contro il patrimonio, la fede e l'economia pubblica, l'industria o il commercio.

Il soggetto legittimato a richiedere l'ammissione alla procedura di concordato era (e lo è tuttora) l'imprenditore commerciale di cui all'art. 1 della l. fall.¹³, detto articolo esclude gli enti pubblici e stabilisce il necessario superamento di almeno una delle soglie

¹¹ A. DIDONE, *ivi*, p.1663

¹² A. NIGRO-D. VATTERMOLI, “Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali”, Bologna, 2014, p.58.

¹³ Cass.13 agosto 2004 n.15769, in *Fallimento* 2005, P.87, *sub* art 1 n.1

dimensionali¹⁴. Rimangono pertanto esclusi, tra i soggetti legittimati, i piccoli imprenditori¹⁵, gli imprenditori agricoli¹⁶, le società semplici e le associazioni non riconosciute. Sono invece legittimate le imprese soggette alla liquidazione coatta amministrativa, anche se escluse dal fallimento, le società commerciali indipendentemente dall'esercizio effettivo di un'attività commerciale, le società in stato di liquidazione, le società irregolari e di fatto e l'imprenditore cessato o defunto entro un anno dalla cessazione o dalla morte.

Altro requisito necessario per essere ammessi alla procedura di concordato preventivo e anche di fallimento era la presenza dello stato di insolvenza, disciplinata all'art 5 l. fall. ovvero l'incapacità definitiva e non transitoria dell'imprenditore di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni. L'inesistenza dell'insolvenza aveva come conseguenza la dichiarazione di inammissibilità della domanda e, se accertata successivamente all'ammissione, comportava l'applicazione delle sanzioni previste dall'art 173 l. fall.

Ai sensi dell'art 160 l. fall. la proposta di concordato doveva rispondere ad una delle seguenti condizioni: 1) che il debitore offra serie garanzie reali o personali di pagare almeno il 40% dell'ammontare dei crediti chirografari entro sei mesi dalla data di omologazione del concordato; ovvero, se è proposta una dilazione maggiore, che egli offra le stesse garanzie per il pagamento degli interessi legali sulle somme da corrispondere oltre i sei mesi;

¹⁴ L'art 1.2 l. fall prevede che: "Non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori di cui al primo comma, i quali dimostrino il possesso congiunto dei seguenti requisiti:

a) aver avuto, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila;

b) aver realizzato, in qualunque modo risulti, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila;

c) avere un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila."

¹⁵ Cass 4 marzo 2005 n.4784, in *Fallimento* 2005, p.1315, *sub* art 1 n.1

¹⁶ Sul concetto di imprenditore agricolo, v. Cass. 28 aprile 2005 n. 8849, in *Fallimento* 2005, p.1431; Cass.23 ottobre 1998 n.10527, *ivi* 1999, p.625; nel senso di riconoscere natura commerciale e non agricola all'imprenditore che abbia esercitato attività di allevamento del bestiame non riconducibile alla conduzione del fondo agricolo destinata essenzialmente alla vendita di animali.

2) che il debitore offra ai creditori per il pagamento dei suoi debiti la cessione di tutti i beni esistenti nel suo patrimonio alla data della proposta di concordato; tranne quelli indicati dall'art. 46, sempreché la valutazione di tali beni faccia fondatamente ritenere che i creditori possano essere soddisfatti almeno nella misura indicata al n.1.

La differenza macroscopica rispetto al sistema previgente è data dal fatto che il nuovo concordato preventivo poteva essere non soltanto per garanzia¹⁷ ma anche con cessione dei beni¹⁸, soluzione che appariva aleatoria, non garantendo affatto ai creditori chirografari la sicurezza di realizzare dalla liquidazione dei cespiti una somma sufficiente a pagare loro una percentuale almeno pari al 40% del loro credito. Tale modalità si sviluppò nella prassi: la legge, anziché resistere e perpetuare la finzione, ha ritenuto che fosse opportuno provvedere a disciplinarla. Sempre nella prassi si diffuse poi una forma atipica di concordato preventivo che consisteva in una proposta “mista”, caratterizzata, cioè, dalla combinazione degli elementi tipici delle due fattispecie individuate nell'originario secondo comma dell'art. 160.

Nel corso degli anni alla concezione contrattualistica del concordato preventivo si contrapponeva un orientamento giurisprudenziale¹⁹ che esaltava la componente processual-pubblicistica: si prese atto che la concezione contrattualistica contrastava con il fatto che il tribunale, nel giudizio di omologazione, esercitasse un controllo non solo di legittimità, ma anche di merito²⁰. Inoltre si sviluppò una teoria della “natura mista” del

¹⁷ Il concordato preventivo con garanzia era conservativo, non essendo prevista la liquidazione del patrimonio del debitore, ed il soddisfacimento dei creditori era realizzato attraverso pagamenti eseguiti dal debitore stesso o da garanti. Pertanto, all'atto della domanda, il debitore doveva dimostrare di poter prestare le garanzie promesse, che potevano essere tipiche, reali o personali, od anche atipiche.

¹⁸ Il concordato preventivo con cessione dei beni era di regola liquidatorio, essendo prevista l'alienazione dei cespiti del debitore, in forme diverse da quelle percorribili nell'ambito della procedura fallimentare, e proprio dalla liquidazione erano tratte le risorse destinate a pagare i creditori chirografari nelle percentuali del 40%.

Come è stato affermato nella Relazione al R.D. n. 267/1942 “La legge non ha voluto stabilire schemi rigidi di cessione, lasciando agli interessati di raggiungere l'accordo nel modo più conveniente sotto la guida prudente e vigilante del codice. Così la cessione potrà assumere la forma del trasferimento dei beni ai creditori in proprietà, o quella di una procura irrevocabile o quella di una liquidazione giudiziale vera e propria [...] Non è del resto da escludersi che i creditori possano anche mettersi d'accordo per rilevare l'impresa e gestirla nell'interesse comune”.

¹⁹ Cass.15 Gennaio 1985, n 67, in *Fallimento*; Cass.2 luglio 1965, n 1373, in *Dir.fall*

²⁰ G. LO CASCIO, “Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi”, decima edizione, Milano, 2017, p.81

concordato che presupponeva sì un incontro di volontà tra debitore e creditori ma questo risultava irrilevante senza l'omologazione del tribunale.

Le riforme susseguitesì hanno mantenuto la struttura di questa procedura apportando importanti novità che hanno reso il concordato uno strumento più duttile e più appetibile per le imprese in difficoltà.

1.3. Le novità introdotte a seguito della riforma del 2005

Il concordato, come disciplinato dal decreto del 1942, veniva visto esclusivamente quale strumento per la liquidazione dell'impresa e destinazione del ricavato alla soddisfazione dei creditori: veniva utilizzato unicamente da debitori meritevoli ed evitava sì il fallimento ma *“poneva in un cono d'ombra l'elemento oggettivo dell'impresa e dei suoi interlocutori”*²¹, infatti la prospettiva di conservazione era affidata alle convenzioni stragiudiziali per la regolazione della crisi. Quando l'impresa assumeva rilevanti dimensioni si ponevano problemi sociali e occupazionali che inducevano ad optare per una procedura di conservazione e non di risanamento dell'impresa, che privilegiava la tutela dei livelli occupazionali piuttosto che le ragioni dei creditori. Tali imprese in realtà finivano per essere poi soggette a fallimento, per cui si rivelò poco apprezzabile la decisione secca tra liquidazione o conservazione.²² Con il D. Lgs. n. 270 del 1999 si affronta un nuovo approccio alle crisi di impresa, privilegiando il profilo della redditività, della creazione del valore e del risanamento, coniugano tali aspetti con le ragioni dei creditori. Le inefficienze del sistema e l'applicazione dell'azione revocatoria che, incidendo su atti compiuti molti anni prima della dichiarazione di fallimento ha causato un blocco dell'erogazione del credito per le imprese in crisi, hanno rappresentato un terreno fertile per i primi progetti di riforma. Il D.L n.35 del 2005 rappresenta il pilastro della trasformazione, eretto su basi fragili e rafforzate nel tempo con successivi interventi legislativi (D. Lgs n.169 del 2007, il D.L n.122 del 2010, il D.L n.84 del 2012, il D.L n.69 del 2013, con le conseguenti leggi di conversione). La novella ha determinato una modifica radicale del concordato preventivo al quale può accedervi l'imprenditore commerciale che si trova in stato di crisi. Viene meno quindi il presupposto oggettivo dello stato di insolvenza che accumulava concordato e fallimento.

²¹ A. DIDONE, *op.cit.*, p.1663

²² N. RONDINONE, “Il mito della conservazione dell'impresa e le ragioni della commercialità”,2012, Milano, p.40; F. DI MARZIO, “Il diritto negoziale della crisi d'impresa”, Milano,2011, p.28

Il legislatore consapevole dello stato di incertezza che si è venuto a creare con tale espressione ha pensato di adottare una interpretazione autentica con D.L 30 dicembre 2005 n.273, convertito in legge 23 febbraio 2006 n.5, con la quale ha spiegato che con stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza²³, restando invariata la situazione.

Inoltre, proseguendo l'analisi dei requisiti necessari per l'accesso alla procedura, si nota come siano state completamente espunte dalla norma²⁴ tutte le condizioni soggettive previste dalla precedente disciplina: l'eliminazione di tali condizioni apre le porte a soggetti che avevano trovato precedentemente uno sbarramento di natura giuridica. Con il nuovo concordato scompare la previsione rigida secondo la quale la proposta poteva essere presentata, prevedendo esclusivamente un concordato con garanzia, con cessione oppure misto; ora invece il debitore può strutturare il concordato in base alle proprie esigenze con libertà di forme sulla base di un piano che può comprendere: «a) la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, accollo, o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito; b) l'attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato ad un assunto; possono costituirsi come assuntori anche i creditori o società da questi partecipate o da costituire nel corso della procedura, le azioni delle quali siano destinate ad essere attribuite ai creditori per effetto del concordato²⁵». Non è più prevista la corresponsione ai creditori chirografari di una percentuale minima, e novità ancor più sorprendente, l'articolo 160 ha introdotto la possibilità di suddividere, nel contesto del piano, i creditori in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei, e di trattare differenzialmente i creditori di classi diverse: ciò ha portato la dottrina a parlare di “superamento del principio della *par condicio creditorum*” a favore del principio della tutela dell'impresa.²⁶ Ai sensi del D.Lgs 169/2007 il debitore può prevedere il pagamento parziale dei creditori muniti di titolo di prelazione purché il piano ne preveda una

²³ In ordine al concetto di crisi e di insolvenza v. Trib. Pescara 20 ottobre 2005, in *Fallimento* 2006, p.56; Trib. Sulmona 6 giugno 2005, decr. in *Fallimento* 2005, p. 793

²⁴ art 160 comma 1 l. fall.

²⁵ Art. 160, comma 1, l. fall.

²⁶ V.G. SASSO, “Il nuovo concordato preventivo.Privatizzazione della crisi d'impresa e ruolo del Tribunale”, in www.Filodiritto.com, 08.12.2006.

soddisfazione non inferiore rispetto a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, in caso di vendita, avuto riguardo al valore di mercato del cespite o del diritto su cui insiste il diritto di prelazione.

La proposta di concordato deve essere presentata al tribunale di competenza del luogo ove l'impresa ha la sede principale, accompagnata dai documenti previsti dall'art 161 l. fall²⁷: non vengono più indicate le scritture contabili, ma viene prevista la redazione di una attestazione di un professionista, scelto dal debitore, in cui deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano che correde la proposta. La riforma ha accentuato la natura contrattualistica del concordato sminuendo il potere di controllo degli organi della procedura (commissario giudiziale, giudice delegato e tribunale)²⁸. In particolare al tribunale, chiamato ad omologare la proposta con decreto in camera di consiglio, è stato sottratto il potere, prima esercitato con la sentenza di omologazione, di accertare le condizioni di ammissibilità e regolarità della procedura, di valutare la convenienza economica, di verificare la meritevolezza del debitore in relazione alle cause che hanno provocato il dissesto. Con la riforma viene data rilevanza alla volontà delle parti, si tiene in considerazione la maggioranza di capitale e non più quella numerica: il concordato viene approvato quando incontra la maggioranza di creditori ammessi al voto e in caso di mancata omologazione non si verifica più come nel precedente regime una dichiarazione automatica di fallimento ma per quest'ultima è comunque necessario accertare preliminarmente lo stato di insolvenza di cui all'art 5 l. fall.²⁹

²⁷ Art.161.2/3 l. fall. Il debitore deve presentare con il ricorso:

- a) una aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa;
 - b) uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione;
 - c) l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore;
 - d) il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili;
 - e) un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta.
- in ogni caso, la proposta deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore.

Il piano e la documentazione di cui ai commi precedenti devono essere accompagnati dalla relazione di un professionista, designato dal debitore, in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo

²⁸ E. SOLLINI, "Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione", Napoli, 2007, p.25

²⁹ Art.5 l. fall.: "Lo stato d'insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni."

I.4. Il “Decreto sviluppo”: L. 7 Agosto 2012, n.134 e “Decreto del fare” d.l 21 giugno 2013, n.69;

Con il D.L 22 giugno 2012, n.83, convertito con modificazioni dalla L.7 agosto 2012, n.134, (cd. Decreto Sviluppo) la procedura di concordato preventivo ha cambiato definitivamente volto. Tale novità legislativa ha avuto l'intenzione di contenere il ricorso a soluzioni liquidatorie in favore di soluzioni gestorie concordate in vista di una maggior privatizzazione dell'insolvenza e in linea con la teoria del c.d. *going concern*, secondo cui un'impresa operativa genera, a favore dei suoi creditori, una ricchezza maggiore rispetto a quella ricavabile da un contesto concorsuale liquidatorio. Tutto ciò senza che la scelta liquidatoria sia giudicata aprioristicamente in maniera negativa, essendo comunque valorizzata la soluzione alternativa al fallimento seppur liquidativa³⁰.

Tra le diverse innovazioni previste dal Decreto, riveste un ruolo di primo piano l'art. 33 che – traendo ispirazione dal *Bankruptcy Code* statunitense – muta sensibilmente la fisionomia del concordato preventivo: la nuova disciplina introduce un numero rilevante di disposizioni finalizzate a «migliorare l'efficienza dei procedimenti di composizione delle crisi di impresa [...] superando le criticità emerse in sede applicativa»³¹.

Per il perseguimento di tale obiettivo il legislatore ha introdotto degli strumenti diretti a fronteggiare alcuni dei problemi emersi nella prassi della procedura e, segnatamente:

- l'insufficiente protezione del debitore durante la fase preparatoria del piano;
- l'assenza di una disciplina che incentivi un'effettiva continuità aziendale nella fase prodromica all'omologazione del concordato.³²
- le difficoltà del debitore di reperire risorse finanziarie durante la fase di preparazione del piano di concordato (c.d. “*finanza interinale*”);

Il superamento delle criticità sopra elencate, dovrebbe, nelle intenzioni del Legislatore, favorire un'emersione anticipata dello stato di crisi, incentivando «*l'impresa a denunciare per tempo la propria situazione di crisi, piuttosto che quella di assoggettarla a misure esterne che la rilevino*»³³.

³⁰ R. AMATORE- J. JEANTET, “*Il nuovo concordato preventivo*”, Milano, 2013, p.1

³¹ Come recita testualmente la Relazione illustrativa al Decreto.

³² S. PASCASI, C. ODORIZZI, V. HIRECHE, G. CORSI, C. CESCHEL, A. BIANCHI, “Il concordato preventivo alla luce delle novità introdotte dall'art. 33 D.L. n. 83/2012”, in “il sole 24 ore”, 12.10.2012.

³³ Come recita testualmente la Relazione illustrativa al Decreto

Uno dei profili maggiormente innovativi introdotti dall'art. 33 del Decreto è rappresentato dalla possibilità di depositare “il concordato in bianco o con riserva”: il ricorrente per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, si riserva di presentare la proposta, il piano di concordato e la relativa documentazione richiesta dall'art. 161, commi 2 e 3, l. fall.³⁴ entro «*un termine fissato dal giudice compreso fra sessanta e centoventi giorni*», prorogabile per ulteriori sessanta giorni.

In tal modo la norma, da un lato, consente al debitore di beneficiare degli effetti “protettivi” connessi al mero deposito del ricorso, più propriamente si verifica un blocco delle azioni esecutive e cautelari dalla data di pubblicazione della domanda di concordato preventivo nel registro delle imprese; dall'altro lato, permette di evitare che i tempi tecnici necessari alla predisposizione della proposta e del piano di concordato possano aggravare lo stato di crisi dell'impresa sino a generare un vero e proprio stato di insolvenza³⁵.

La nuova norma accorda all'imprenditore la possibilità di compiere atti di ordinaria amministrazione, nonché atti di straordinaria amministrazione ritenuti urgenti per l'impresa³⁶, solo previa autorizzazione del tribunale. La norma inoltre prevede la prededucibilità dei crediti che sorgono in conseguenza di atti legalmente compiuti in questa fase di preconcordato.

Lo scopo di dette modifiche – e in particolare il riconoscimento di un regime di prededuzione – è, evidentemente, quello di consentire al debitore in stato di crisi di poter continuare l'attività aziendale, eliminando gli ostacoli che possono oggi frenare i terzi – ed i fornitori in primis – a contrarre con l'imprenditore nelle more dell'ammissione al concordato preventivo.

L'istituto è stato oggetto di modificazioni già in sede di conversione del Decreto Sviluppo per evitare che da strumento di risoluzione d'una crisi si risolvesse in un mezzo d'ostruzione della dichiarazione di fallimento. Perciò è stato ridotto il precedente termine

³⁴ vd. nota. 26

³⁶ Al fine di individuare gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione si fa riferimento ai principi elaborati dalla giurisprudenza di legittimità vd. Trib.Terni, 12 ottobre 2012 secondo cui “*si ritengono atti di ordinaria gestione quelli di comune gestione dell'azienda, strettamente aderenti alle finalità e dimensioni del patrimonio e quelli ché-ancorché comportanti una spesa elevata- lo migliorino o anche solo lo conservino, mentre ricadono nell'area della straordinaria amministrazione gli atti suscettibili di ridurlo o gravarlo di pesi o vincoli cui non corrispondano acquisizioni di utilità reali su di essi prevalenti*”.

da centottanta a centoventi giorni; è stata introdotta una preclusione biennale rispetto ad analoghe domande non seguite da ammissione alla procedura di concordato preventivo o da omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti; è stato richiesto che la domanda di concordato in bianco sia accompagnata dai bilanci degli ultimi tre esercizi di bilancio ed il potere del tribunale di imporre dei specifici obblighi informativi periodici nel periodo d'attesa di deposito della relativa documentazione.

La lettera h) dell'art. 33 del Decreto introduce una disposizione ad hoc – il nuovo art. 186-bis l. fall. – con riferimento al concordato con continuità aziendale, ossia finalizzato alla prosecuzione dell'attività di impresa, da oggi attuabile anche attraverso la cessione o il conferimento dell'azienda in una società esistente o in una NewCo.

In tale caso il piano deve necessariamente contenere:

- un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi in relazione alla prosecuzione dell'attività di impresa;
- l'indicazione delle risorse finanziarie necessarie con le relative modalità di copertura.

Il piano deve essere corredato dal placet di un professionista indipendente che attesti che la prosecuzione dell'attività con tutti i rischi che questa comporta, ed è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori rispetto alla cessione dell'attività o alla liquidazione atomistica dei beni. Sotto questo profilo, qualora la prosecuzione dell'attività sia favorita anche grazie a linee di credito assistite dalla prededuzione, l'attestatore dovrà verificare - sulla base del piano redatto dall'imprenditore - che il pagamento dei debiti prededucibili, ovvero crediti sorti in virtù della continuazione dell'attività, sia assicurato e non pregiudichi le prospettive di recupero dei creditori concorsuali³⁷.

Con la lettera f) dell'art. 33 del Decreto, che introduce l'art. 182-quinquies l. fall., il legislatore è intervenuto per risolvere una delle maggiori criticità emerse nel sistema previgente, vale a dire la totale assenza di una finanza-ponte che consentisse all'imprenditore di ottenere in tempi rapidi le risorse finanziarie necessarie per continuare l'attività aziendale e dare esecuzione al piano.

Invero, l'art. 182-quater l. fall., norma che prevede la prededucibilità dei crediti derivanti da finanziamenti effettuati in funzione della presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo, si è rivelato inadeguato a soddisfare le esigenze sopra descritte,

³⁷ M. ARATO, “Speciale Decreto Sviluppo: il concordato con continuità aziendale”, in “Il Fallimentarista” ,03 Agosto 2012

in quanto la prededucibilità del credito da finanziamento è meramente eventuale, risultando espressamente condizionata ad una valutazione positiva del Tribunale in sede di omologazione³⁸. Tale articolo presenta il limite di non prevedere immediate risorse finanziarie per l'imprenditore per fare fronte alle scadenze nel periodo che precede l'ammissione a concordato.

Il nuovo articolo 182-quinquies l. fall. consente invece di superare detti limiti, attribuendo all'impresa in crisi la facoltà di richiedere al Tribunale, al momento del deposito del ricorso, di essere autorizzata a contrarre finanziamenti prededucibili ai sensi dell'art. 111 l. fall., a condizione che la relazione del professionista attesti che «*tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori*» in relazione al complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa.

Il Tribunale potrà o meno accordare la predetta autorizzazione, anche con riferimento a finanziamenti individuati soltanto per tipologia ed entità che non hanno formato ancora oggetto di trattativa, sulla base delle risultanze della relazione del professionista e, ove ritenuto opportuno, assumendo sommarie informazioni.

Un'ulteriore novità introdotta con l'art. 182-quinquies l. fall. riguarda la possibilità per il debitore di richiedere al Tribunale, nell'ambito della domanda di ammissione a concordato o anche concordato in bianco, di essere autorizzato a pagare crediti anteriori per prestazione di beni o servizi a condizione che un professionista indipendente attesti che gli stessi sono essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori. Tale attestazione non è invece richiesta nel caso in cui i pagamenti concorrono all'ammontare di nuove risorse finanziarie senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori³⁹. Perciò nella prospettiva del legislatore, «*la continuità aziendale è tutelata non come valore in sé ma solo in via mediata, nella misura in cui essa risulti funzionale alla migliore soddisfazione del ceto creditorio nel suo complesso*»⁴⁰. Con tale disposizione si è inteso derogare al principio della *par condicio creditorum* prima del tempo previsto e al di fuori dei riparti⁴¹. In realtà la possibilità di effettuare pagamenti a creditori anteriori

³⁸ Cfr. S. AMBROSINI, "Appunti 'flash' sull'art. 182-quater della legge fallimentare", in *IlCaso.it*, 15.06.2010.

³⁹ R. AMATORE-J. JEANTET, *op.cit.*, p.317

⁴⁰ S. PASCASI, C. ODORIZZI, V. HIRECHE, G. CORSI, C. CESCHEL, A. BIANCHI, *op.cit.*

⁴¹ Sul punto Trib. Modena, 15 dicembre 2012

potrebbe essere eccezionalmente ammessa previa autorizzazione del giudice delegato ai sensi dell'art 167 l. fall, quale atto di straordinaria amministrazione; tuttavia tale autorizzazione poteva intervenire solo a seguito del decreto di ammissione.

L'art 182-quinquies l. fall. risponde all'esigenza di garantire al debitore in stato di crisi di continuare a beneficiare degli approvvigionamenti di beni o servizi (si pensi, a titolo esemplificativo, alle materie prime o ai servizi di trasporto merci) necessari alla prosecuzione dell'attività aziendale, che altrimenti potrebbe risultare irrimediabilmente compromessa qualora i fornitori facessero dipendere la prosecuzione del rapporto dal pagamento degli insoluti pregressi.

A neppure dodici mesi dalla promulgazione del Decreto Sviluppo, il legislatore, constatato un utilizzo diffuso e abusivo del concordato con riserva da parte di debitori ormai decotti, volti a bloccare le azioni esecutive individuali subite e/o a procrastinare la dichiarazione di fallimento, è intervenuto con D.L. 21 giugno 2013, n.69 (c.d. Decreto del fare), convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n.98.

Questo provvedimento, ed in particolare il suo articolo 82, ha modificato l'art. 161, commi 6,7 e 8 l. fall., introducendo delle misure volte a rendere trasparente, sin da subito, lo "stato di salute" dell'impresa che presenta la domanda. Tale finalità è stata perseguita: prevedendo l'obbligo di depositare l'elenco dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti insieme al ricorso, disciplinando la facoltà di nomina "anticipata" del commissario giudiziale e specificando e ampliando gli obblighi informativi periodici, ai quali il debitore deve adempiere nella fase anteriore all'eventuale ammissione alla procedura di concordato preventivo.

Non si può negare il valore innovativo e parzialmente risolutivo delle norme introdotte con il Decreto Sviluppo e poi corrette con il Decreto del fare, predisposte per rimediare all'inidoneità delle regole concorsuali rispetto alla situazione di recessione economica di quel tempo in cui versavano le imprese italiane. Risulta ancora mancare un progetto definitivo, *«tenendo il legislatore a porre rimedio ad una situazione contingente piuttosto che a introdurre sistemi, anche d'efficace allerta, diretti a prevenire, o quanto meno a risolvere in tempi ragionevolmente rapidi, lo stato di crisi d'un imprenditore⁴²»*.

⁴² R. AMATORE- J. JEANTET, *op.cit.*,2013, p.3

Tale esigenza sarà posta alla base dell'attuale progetto di riforma della materia concorsuale, ovvero il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, adottato con D.Lgs. del 12 gennaio 2019, n.14 il quale determina una risistemazione di tutta la materia.

1.5. La “miniriforma” del 2015

Il D.L. 27 giugno 2015 n. 83 convertito dalla L. 6 agosto 2015 n. 132 rappresenta un nuovo intervento correttivo delle procedure concorsuali e in particolare del concordato, determinando *«una vera e propria ristrutturazione dell'istituto concordatario senza che ne sia mutato l'impianto di base»*⁴³. Il legislatore interviene *«per riequilibrare il rapporto fra debitore e creditori, ritenuto – a torto o a ragione – eccessivamente sbilanciato a favore del primo nell'impostazione fatta propria dalla riforma del 2012»*⁴⁴. Ha cercato di ottenere questo risultato favorendo la contendibilità dell'impresa in concordato, soprattutto attraverso due nuovi istituti: le proposte e le offerte concorrenti. Come si legge nella relazione di accompagnamento al disegno di legge del 27 giugno la stessa *“contendibilità dell'impresa in crisi”* ha la finalità di *«massimizzare la recovery dei creditori concordatari e di mettere a disposizione dei creditori una possibilità ulteriore rispetto a quella di accettare o rifiutare in blocco la proposta del debitore»*. L'obiettivo di fondo di tale riforma è quello di eliminare alcune “storture” applicative e di porre rimedio ad alcuni degli abusi che si potevano verificare durante la procedura, cercando di incentivare *«condotte virtuose in capo al debitore e garantire un maggiore impulso all'iniziativa privata alla luce del principio di competitività e contendibilità»*⁴⁵.

In particolare, si verificava in molti casi che i concordati prevedevano una percentuale di soddisfazione offerta ai chirografari davvero molto bassa per cui questi creditori finivano per essere fortemente penalizzati. Per cercare di porvi rimedio, il nuovo concordato all'art

⁴³ E. SABATELLI, “Appunti sul concordato preventivo dopo le modifiche della legge di conversione del D.L. n. 83/2015”, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, 13.11.2015.

⁴⁴ S. AMBROSINI, “Il diritto della crisi d'impresa nella legge n. 132 del 2015 e nelle prospettive di riforma”, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, p.3, 30.11.2015.

⁴⁵ G. ANDREANI, “Crisi di impresa le nuove disposizioni fallimentari e fiscali”, in *Il Fisco*, Wolters Kluwer, 11/2015, p. 5.

160 ultimo comma l. fall. prevede una percentuale minima di soddisfazione del 20 %⁴⁶ per i concordati di tipo liquidatorio e non anche per quelli in continuità aziendale di cui all'art. 186-bis l. fall, prevedendo per questi ultimi l'indicazione nella proposta dell'utilità specificatamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore. L'eccezione si giustifica, oltre che per il generale *favor* del legislatore per la continuità rispetto alla liquidazione, anche per l'oggettiva difficoltà di predeterminare una soglia di soddisfazione dei creditori nel caso di continuazione dell'attività di impresa, i cui sviluppi dipendono da variabili economiche non sempre prevedibili. La funzione del nuovo comma dell'art 160 l. fall. è quella di contrastare la tendenza assai diffusa⁴⁷ di offrire ai creditori chirografari percentuali irrisorie di soddisfazione in spregio al principio dettato dalla Cassazione – ed ora sostanzialmente sancito dall'art. 161, comma 2 lett. e), l. fall., di nuova introduzione – secondo cui non è ammissibile, una proposta concordataria che non preveda il soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, di tutti i creditori in un lasso di tempo ragionevolmente breve⁴⁸.

Viene inoltre introdotto maggior rigore in sede di approvazione del concordato, eliminando il meccanismo di silenzio-assenso dei creditori e se ciò determina da un lato una maggior consapevolezza da parte di quest'ultimi, dall'altro lato è causa di una maggior difficoltà nel perfezionamento di concordati.

Una delle grandi novità di tale riforma è rappresentata dalla possibilità di proporre dei piani concordatari "alternativi" da parte dei creditori, che saranno, però, ammissibili solo se la proposta di concordato del debitore non assicurerà il pagamento, ancorché dilazionato, di almeno il 40% dei crediti chirografari nel caso di concordato liquidatorio, oppure del 30% nel caso di concordato con continuità aziendale di cui all'articolo 186-bis.

⁴⁶ Viene reinserita una percentuale minima come nel passato seppur non più pari a quella prevista nel 1942 del 40 %

⁴⁷ cfr. Trib. Modena, sez. I, 3 settembre 2014, decreto, in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, 2014, fasc. 4, pp. 749-750 con nota F. CASSESE, Percentuale di soddisfo dei creditori chirografari nella procedura di concordato preventivo, in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, 2014, fasc. 4, pp. 751-754. 120;

Trib. Bergamo, sez. II, 4 dicembre 2014, decreto, in *Giur. comm.*, 2015, fasc. 4, II, p. 835 con nota G. MILANO, *La proposta di concordato preventivo con percentuale irrisoria*, in *Giur. comm.*, 2015, fasc. 4, II, pp. 839-848.

⁴⁸ cfr. Cass., sez. un., 23 gennaio 2013 n. 15 in *Foro.it*, 2013, 5, I, 1534, con note di CARMELLINO, COSTANTINO, FABIANI, SCODITTI.

Potranno proporre dei piani concordatari alternativi solo i creditori aziendali che rappresentino almeno il 10%⁴⁹ di quelli risultanti dalla situazione patrimoniale depositata con la domanda di concordato. A questa possibilità si aggiunge poi un'espressa previsione, la quale prevede l'intervento di terzi che può avvenire: «*se il debitore ha la forma di società per azioni o a responsabilità limitata*», mediante «*un aumento di capitale della società con esclusione o limitazione del diritto d'opzione*», cosicché il vero padrone della realtà economico-impresoriale in crisi diventi il terzo, che può sottoscrivere senza limiti l'aumento di capitale, acquisendo la qualifica di nuovo socio di maggioranza dell'impresa collettiva in concordato preventivo⁵⁰. Il legislatore, però, sebbene abbia previsto la possibilità per il terzo di inserirsi nell'ambito della procedura concorsuale, non si è spinto fino al punto di prevedere che questo si muova autonomamente, permettendogli cioè di presentare proposte senza l'accordo con i creditori che rappresentino la percentuale richiesta. Tale sbarramento, del resto, si ritiene essere non solo una scelta opportuna ma anche necessaria per rendere coerente il nuovo istituto con i principi costituzionali della proprietà e quelli in tema di esecuzione forzata.

Invece, l'art. 163-bis, l. fall. inserito dall'articolo 2, comma 1 del D.L. n. 83/2015 ha introdotto la fattispecie delle offerte concorrenti nel concordato preventivo. La norma ha recepito l'orientamento di una parte della giurisprudenza che, integrando una lacuna della Legge Fallimentare, ha stabilito che se il piano di concordato di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e) della l. fall., prevede un'offerta da parte di un soggetto già individuato avente ad oggetto il trasferimento in suo favore a titolo oneroso dell'azienda o di uno o più rami di essa o di specifici beni, il tribunale dispone la ricerca di interessati all'acquisto disponendo l'apertura di un procedimento competitivo. L'istituto, così come quello delle proposte concorrenti, accentua il carattere negoziale del concordato preventivo.

Dopo aver fatto un breve excursus sulle varie riforme che hanno modificato il concordato preventivo, analizzeremo le varie fasi che compongono la procedura del medesimo così

⁴⁹La misura percentuale del legittimante, secondo dato letterale sul punto non equivoco, appare doversi calcolare sul complessivo passivo concordatario e non sulla sola quota chirografaria, detratti i crediti delle società controllanti la debitrice, delle controllate e di quelle società che siano sottoposte a comune controllo
⁵⁰ L. VAROTTI, "Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare". Terza parte, in Crisi d'Impresa e Fallimento, 09.09.2015.

come disciplinato dall'attuale Legge Fallimentare, tenendo in considerazione gli eventuali aspetti patologici.

SEZ. II LE FASI DEL PROCEDIMENTO NELL'ATTUALE NORMATIVA

II.1 Requisito soggettivo

L'accesso alla procedura di concordato preventivo viene garantita ai soggetti che sono in possesso di due requisiti: soggettivo e oggettivo. L'art. 2221 c.c stabilisce che gli imprenditori commerciali- esclusi gli enti pubblici e i piccoli imprenditori-sono soggetti in caso d'insolvenza, alle procedure del fallimento e del concordato preventivo, salve le disposizioni delle leggi speciali. Tale norma deve essere letta in modo coordinato con gli artt. 1 e 2 della legge fallimentare, la quale dopo la sua entrata in vigore nel 1942 ha subito notevoli modifiche circa le condizioni di ammissibilità. La disciplina precedente prevedeva l'ammissione al concordato dell'imprenditore che presentava alcune condizioni soggettive, quali l'iscrizione nel registro delle imprese, la regolare tenuta della contabilità e inoltre era necessario che tale soggetto non fosse stato dichiarato fallito e non fosse stato ammesso ad altra procedura di concordato. Inoltre, si richiedeva che il debitore non fosse stato condannato per bancarotta o per delitto contro il patrimonio, la fede pubblica, l'economia pubblica, l'industria o il commercio.

Tali condizioni garantivano da un lato ai creditori che il concordato sarebbe stato adempiuto correttamente e, dall'altro, che l'imprenditore in considerazione dei suoi trascorsi sarebbe stato meritevole di tale beneficio per evitare i dannosi effetti del fallimento⁵¹.

La nuova normativa, attualmente in vigore, all'art. 1 l. fall. esclude tali qualità personali e prevede l'ammissione alla procedura di concordato da parte dell'imprenditore che esercita attività commerciale⁵² e non possiede i tre requisiti previsti dal suo comma 2⁵³.

⁵¹ G. LO CASCIO, "Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi", Milano, 2017, p. 115

⁵² AA.VV., *Commentario breve alla legge fallimentare*, diretto da A. MAFFEI ALBERTI, Padova, 2013, sub art.160, p.1048 ss.

⁵³ Art 1 comma 2 l. fall: "Non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori di cui al primo comma, i quali dimostrino il possesso congiunto dei seguenti requisiti:

a) aver avuto, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila;

Possono presentare la domanda sia gli imprenditori individuali che quelli collettivi (che sono organizzati in forma di società di capitali, personali, ed enti non societari non personificati); senza verificare che si tratti di imprenditori iscritti nel registro delle imprese, essendo venuto meno tale requisito e consentendo la presentazione della domanda di concordato anche da parte di società di fatto.

Dall'art. 1 si ricava che sono esclusi dall'ammissione alla procedura di fallimento e di concordato preventivo:

- l'imprenditore piccolo, tenendo in considerazione i parametri monetari e quantizzabili stabiliti⁵⁴;
- non vi è alcuno spazio per la dichiarazione di fallimento per l'imprenditore agricolo; infatti la Corte Costituzionale⁵⁵ ha ritenuto infondato il dubbio di inconciliabilità con i principi costituzionali dell'esenzione dell'imprenditore agricolo dalle procedure concorsuali per la mutata realtà economica degli operatori del settore a seguito delle modifiche introdotte dal nuovo art. 2125 c.c., poiché tale sottrazione è frutto di una scelta discrezionale del legislatore, e risponde a ragioni di politica economica giudiziaria;
- gli enti pubblici in senso stretto sarebbero esclusi dalle procedure concorsuali facendo riferimento alla chiara formulazione dell'art. 1 l. fall.; tale esclusione si basa essenzialmente sulla considerazione che “la procedura concorsuale (sia essa fallimento o concordato preventivo) provocherebbe un'interferenza del potere giudiziario sulla

b) aver realizzato, in qualunque modo risulti, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila;

c) avere un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila”.

⁵⁴ G.F.CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale I,Diritto dell'impresa*, Torino, 2019, p.59 ss. Analizza la problematica sorta in passato circa la qualificazione del “piccolo imprenditore” in quanto la nozione del codice civile individuava tale soggetto utilizzando il criterio della prevalenza funzionale del lavoro familiare non conciliabile con quelli utilizzati dalla legge fallimentare, che lo individuava facendo riferimento a parametri monetari (reddito di R.M. accertato o capitale investito); successivamente abrogati. Il permanere in vigore della sola definizione codicistica creava non pochi inconvenienti pratici in sede di dichiarazione del fallimento: bisognava accertare la prevalenza del lavoro famiglia sugli altri fattori produttivi. Per queste ragioni la riforma del 2006, con il conseguente correttivo del 2007 ha introdotto un sistema di regole basato su criteri esclusivamente quantitativi e monetari, non facendo più ricorso alla dedizione del “piccolo imprenditore” ma individua dei parametri dimensionali dell'impresa, al di sotto dei quali l'imprenditore commerciale non fallisce.

⁵⁵ Corte. Cost. 20 aprile 2012, n.104, in *Fallimento*,2012, 1174, con nota di CARMIGNANI.

sovranità dell'ente e degli organi di gestione, paralizzandone l'attività ed impedendone di fatto il perseguimento delle finalità di interesse pubblico, ritenute prevalenti rispetto alle esigenze (schiettamente privatistiche) di soddisfazione del ceto creditorio⁵⁶”.

A riguardo un primo orientamento giurisprudenziale e dottrinale ha adottato un approccio c.d. “tipologico”, cioè volto ad individuare la natura giuridica delle società in mano pubblica e ha ritenuto, da un lato, che la circostanza che l'ente pubblico posseda la maggioranza delle azioni non ne muta la qualità di soggetto privato, e dall'altro lato, che la circostanza che un soggetto svolga l'attività in regime *in house* non consente di attribuire automaticamente alla società in mano pubblica la qualità di “ente pubblico”. Secondo tale opinione ciò che rileva circa l'applicazione del c.d. “statuto dell'imprenditore commerciale” è la natura del soggetto, che se costituito secondo i tipi societari risulta un soggetto di diritto privato, come tale assoggettato al fallimento e al concordato.

Un diverso orientamento, tenendo conto delle considerazioni espresse dalla giurisprudenza comunitaria circa la nozione di “organismo di diritto pubblico”, ha ritenuto che la natura di bene pubblico non deriva esclusivamente dal dato formale, ma da indici di natura sostanziale ovvero rileva il contenuto dell'attività posta in essere; per cui si riconosce tale qualità ogni qual volta la società sia istituita per esigenze di carattere generale non aventi carattere industriale o commerciale e appaia come *longa manus* dell'ente pubblico azionista, che esercita un'influenza tale sull'ente tale da far sì che le decisioni della società seguano logiche diverse da quelle di un imprenditore privato⁵⁷.

Un terzo orientamento ha invece adottato un criterio “funzionale”, secondo cui «*l'analisi non deve essere condotta sulla base della qualificazione giuridica da attribuire alle società pubbliche, quanto sulla concreta disciplina applicabile alla luce di una valutazione di compatibilità della disciplina di diritto comune dettata per le società di diritto privato con le specifiche normative di settore*»⁵⁸. Secondo tale opinione devono essere qualificate come enti pubblici le società che presentano il carattere della

⁵⁶ O. CAGNASSO-L. PANZANI, Crisi d'impresa e procedure concorsuali, tomo terzo, Torino, 2016, p. 3297

⁵⁷ Ciò è stato confortato da diverse sentenze in materia fallimentare V. Trib. Catania, 20.3.2010, in www.ilcaso.it; in senso analogo, Trib. Nola, 17.6.2010, in www.ilcaso.it; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 9.1.2009, in *Fallimento*, 2009, 713.

⁵⁸ O. CAGNASSO-L. PANZANI, *op.cit.*, p. 3299.

“necessità” nel senso che sono incaricate dello svolgimento di servizi pubblici destinati al soddisfacimento di esigenze di interesse generale.

Ciò premesso, pur riconoscendo la persuasività delle argomentazioni contenute nell’orientamento “funzionale”, è preferibile seguire il metodo “tipologico” che qualifica sempre e comunque le società in mano pubblica come soggetti di diritto privato e quindi assoggetta alle procedure concorsuali anche le società che svolgono un servizio pubblico essenziale. Sotto questo profilo sarebbe auspicabile un intervento del legislatore.

II.2. Requisito oggettivo

Presupposto oggettivo per l’accesso alla procedura di concordato preventivo è che l’imprenditore commerciale versi in “stato di crisi”: lo stesso art. 160, ult. comma stabilisce che *«per stato di crisi debba intendersi anche lo stato di insolvenza.»*

Lo stato di insolvenza⁵⁹ costituisce una *species* dello stato di crisi, di cui può essere la più grave delle forme nelle quali quest’ultimo può manifestarsi. Ne consegue, l’ammissibilità dell’accesso alla procedura concordataria da parte dell’imprenditore che versi in stato di insolvenza e, dall’altro la possibilità dell’imprenditore di prevenire l’insolvenza medesima proponendo una domanda di concordato prima che lo stato di crisi degeneri in conclamata insolvenza. Una volta analizzato il rapporto tra stato di insolvenza e stato di crisi, occorre chiarire in cosa consiste quest’ultimo. Il legislatore non dà una nozione di crisi né stabilisce una linea di demarcazione con lo stato di insolvenza. A quest’ultimo riguardo *«la linea di discriminare può essere tracciata in ragione della stabilità della situazione di deficit economico e/o finanziario e della prospettiva di un suo superamento: qualora la crisi finanziaria o l’insufficienza patrimoniale si rivelino stabili e/o strutturali o comunque non superabili con interventi di riorganizzazione o ristrutturazione del debito⁶⁰»*: l’imprenditore verserà in stato di insolvenza in ragione dell’impossibilità imminente di adempiere le proprie obbligazioni con mezzi normali. Di fatto la mancanza nella disciplina della legge fallimentare di una procedura di allerta riservata

⁵⁹ L’elaborazione giurisprudenziale ha portato negli anni al consolidamento di una definizione ormai stabilizzata di insolvenza, riproposta più volte anche di recente in sede di legittimità e di merito (Cass. 10.6.2019, n. 15572; App. Milano Sez. IV 29.10.2019; App. Venezia Sez. I 7.11.2019; App. Catania Sez. I 7.11.2019), che tradizionalmente si esprime nella “situazione d’impotenza strutturale e non soltanto transitoria, a soddisfare regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni a seguito del venir meno delle condizioni di liquidità e di credito necessarie alla relativa attività”.

⁶⁰ O. CAGNASSO- L. PANZANI, *op.cit.*, p. 3301.

all'imprenditore in crisi riduce l'importanza pratica della distinzione concettuale tra crisi e insolvenza. Evoluzioni in tal senso le ritroveremo nel nuovo Codice delle crisi di impresa, il quale allineandosi con gli altri ordinamenti, porrà fine ai dubbi circa i due concetti precedentemente analizzati.

II.3. Piano di concordato

Gli artt. 160 e 161 l. fall. prevedono l'obbligo da parte del debitore di presentare la domanda, il piano e la proposta. E' bene marcare i confini fra questi tre fenomeni⁶¹.

La proposta di concordato è la proposta negoziale che il debitore (o, dopo il 2015, il terzo) formula ai creditori; i proponenti assumono un impegno verso i creditori, i quali sono chiamati ad approvare la proposta. Questa diventa vincolante solo a seguito dell'omologazione da parte del Tribunale.

Il piano rappresenta lo strumento operativo e organizzativo per formulare la proposta e si risolve in una pianificazione economica, patrimoniale e finanziaria⁶², per far sì che la proposta appaia credibile ai creditori. E' evidente l'interconnessione tra proposta e piano, ma ciò non esclude che vi sia autonomia fra i due atti: può accadere che il debitore presenti un piano realizzabile ma che regge una proposta ritenuta insoddisfacente dai creditori perché esistono condizioni per un impegno maggiore da parte del debitore.

Poiché il legislatore ha confermato, anche dopo la riforma, che il concordato produce effetti solo se è omologato⁶³, risulta necessario che il debitore formuli una domanda giudiziale *“con la quale chiede che il giudice accerti e legittimi la pretesa dell'imprenditore che la crisi (o l'insolvenza) sia regolata secondo la disciplina del concorso (in luogo della disciplina civilistica dell'esecuzione forzata) e segnatamente, del concorso concordatario⁶⁴”*.

Con la nuova normativa è stato rivoluzionato il sistema del 1942 e alle forme rigide di concordato di garanzia o cessione dei beni è stato previsto per l'imprenditore la possibilità

⁶¹ Si tratta di una distinzione che non è sempre praticata; ad esempio per una equipollenza fra proposta e piano si veda RACUGNO, *“Concordato Preventivo, accordi di ristrutturazione e transazione fiscale”*, in *Trattato di diritto fallimentare* diretto da BUONOCORE E BASSI, Padova, 2010, p.486.

⁶² D. GALLETI, *Sub art 160*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da Cavallini, III, Milano, 2010, p.346.

⁶³ A. JORIO, *“Il concordato preventivo: struttura e fase introduttiva”*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, diretto da JORIO e FABIANI, Bologna, 2010, p. 974;

⁶⁴ A. DIDONE, *op.cit.*, p.1710

di risolvere la crisi nel modo più opportuno grazie ad una libertà di contenuti prima impensabili, salvo l'approvazione dei creditori.

Come stabilisce l'art. 160 l. fall. il piano del debitore può prevedere la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, acollo, od altre operazioni straordinarie, compresa l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate di azioni, quote, ovvero obbligazioni.

Nonostante l'ampia libertà di cui il debitore gode nel determinare il contenuto del piano concordatario, quest'ultimo per raggiungere la funzione che gli è propria ovvero il soddisfacimento dei creditori, deve presentare un grado di dettaglio sufficientemente analitico tale da consentire ai creditori di esprimere il proprio consenso e al Tribunale di svolgere il proprio sindacato di legittimità (specialmente in sede di una eventuale *cram down*)⁶⁵.

Tale necessario rigore del piano concordatario, coesistente alla funzione che gli è propria, si riverbera negli argini imposti al contenuto dal legislatore. Questo ha previsto in primo luogo che il piano debba essere contrassegnato da fattibilità e veridicità, attestate dal professionista⁶⁶; in secondo luogo, all'art.161,2° comma, lett.e), l. fall. ha previsto che il piano debba contenere la “descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento” della proposta concordataria. Il piano perciò dovrà indicare la descrizione dei modi di soddisfazione del ceto creditorio, e ciò dipende dalle operazioni in concreto previste dal piano, e un orizzonte temporale di fattibilità del piano che rappresenta un elemento di assoluta rilevanza ai fini della valutazione del medesimo⁶⁷.

Sono previste diverse modalità in cui può articolarsi il contenuto del piano.

Una delle forme di concordato che non è stata espunta dal sistema ma è stata poco praticata fin dal passato, è quella in cui il debitore si impegnava ad assicurare la soddisfazione dei creditori mediante la prestazione di idonee garanzie che coprono l'ammontare dei pagamenti previsti: il c.d piano di concordato con garanzia⁶⁸.Una

⁶⁵ A. PALETTA, *Art 160 l. fall.*, in *La legge fallimentare*, a cura di Ferro, 3^a ed., Padova, 2014, p. 2029.

⁶⁶ L'attestazione, nella prima fase della procedura, rappresenta la garanzia pressoché esclusiva dei creditori, e un elemento di validità formale della domanda stessa.

⁶⁷ P. LICCARDO, “Art 161 l. fall.”, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, a cura di Nigro-Sandulli-Santoro, Torino, 2014, p. 51.

⁶⁸ Come si evince dalla generica formulazione dell'art. 160, 1° comma, lett. a), l. fall., le garanzie possono essere reali (ipoteca, pegno) o personali (fideiussione) ovvero quelle atipiche (ad.es. cessione dei beni da

questione dibattuta riguarda l'oggetto della garanzia ovvero se questa possa essere rappresentata dal solo patrimonio del debitore, e in tal senso depone la dottrina che fa affidamento al dato testuale dell'art. 160, che accorda al debitore ampia libertà in ordine alla strutturazione della proposta e del piano concordato; in senso opposto depone la giurisprudenza di legittimità⁶⁹ che prevede che il debitore debba offrire una garanzia che rafforzi le aspettative di soddisfazione creditore, per cui la garanzia offerta deve consistere in qualcosa in più del solo patrimonio del debitore.

Tale tipologia di piano è destinata ad essere soppiantata dal concordato con assuntore⁷⁰ (in passato limitato al concordato fallimentare) e, ancor di più, dal concordato nel quale il debitore offre ai creditori la garanzia di un pagamento, ma attraverso la conservazione della titolarità dell'impresa⁷¹, la prosecuzione dell'attività e la dismissione dei cespiti non strategici.

L'elencazione delle possibili forme di soddisfazione dei creditori contenuta nell'art. 160, 1° comma l. fall. comincia con la menzione della "cessione dei beni", tipologia di piano molto frequente nella prassi, la quale consiste nella messa a disposizione dei propri beni da parte del debitore affinché questi siano liquidati e il ricavato sia ripartito tra i creditori per il loro pagamento nella percentuale promessa.⁷²

parte di terzi, lettere di patronage, trust). Particolare attenzione rileva tale ultima forma di garanzia il trust appunto: con tale strumento la proprietà di determinati beni viene trasferita a un terzo, il *trustee*, in vista della soddisfazione dei creditori o mediante alienazione dei beni segregati in *trust* e devoluzione ai creditori del ricavato. V. Trib. Napoli, 19.11.2008, in *Fallimento*, 2009, 325.

⁶⁹ In tal senso, Cass. 30.08.2007, n. 18324, in *De jure*; Cass. 17.11.1992, n. 12300, in *Fallimento*, 1993, 506.

⁷⁰ Il legislatore del 2007 ha esteso al concordato preventivo la previsione dell'art. 124 l. fall. per il concordato fallimentare, tanto che i presupposti, in entrambe le ipotesi sono i medesimi, e consistono nel passaggio all'assuntore delle obbligazioni concordatarie e dell'attività d'impresa in concordato. I soggetti che possono assumere il ruolo di assuntore sono i creditori, le società da questi partecipate e le società da costituire nel corso della procedura.

Il concordato con assuntore previsto dall'art. 160, comma 1, lettera b) l. fall. non costituisce un tipo di concordato "diverso" rispetto al concordato con cessione dei beni o liquidatorio, al concordato con continuità aziendale o al concordato cd. misto, attendendo e riguardando l'assunzione solo l'aspetto soggettivo del rapporto obbligatorio (Cass. n. 22913/11), ovvero il soggetto che deve adempiere alle obbligazioni concordatarie - in via esclusiva in caso di accollo liberatorio o solidalmente con il debitore principale in caso di accollo cumulativo e quindi quale garante.

⁷¹ G. LO CASCIO, *op.cit.*, p.184.

⁷² O. CAGNASSO- L. PANZANI, *op.cit.*, p.3461.

Secondo la dottrina tradizionale la cessione dei beni poteva essere *pro soluto* o *pro solvendo*⁷³.

Si è discusso circa l'ammissibilità del concordato con cessione solo parziale dei beni, secondo la giurisprudenza di legittimità⁷⁴ non è ammissibile perché realizza una violazione dell'art. 2740 c.c., in quanto l'effetto esdebitatorio presuppone la messa a disposizione dei creditori di tutte le attività del debitore.

Proprio la presenza di tale effetto spiega l'inapplicabilità della disciplina dettata dall'art. 1977 c.c., che consente al debitore di cedere "*tutte o alcune sue attività*"; in realtà, la cessione dei beni di fonte contrattuale non ha un effetto esdebitatorio – a differenza di quanto avviene nel concordato – e consente ai creditori cessionari di agire esecutivamente anche sulle attività non cedute.

Diversa è, invece, la situazione che si presenta nel concordato con continuità aziendale, ai sensi dell'art. 186 bis l.fall., in cui la cessione parziale dei beni è espressamente prevista proprio in relazione alla finalità perseguita dall'istituto di consentire la prosecuzione dell'attività imprenditoriale.

In senso contrario, non è convincente l'argomento tratto dal testo del novellato art. 160 l.fall. che non opera più un esclusivo e puntuale riferimento alla cessione di "tutti" i beni: la formulazione del dato normativo in termini generali si spiega, infatti, in quanto la cessione è divenuta una delle forme attraverso le quali si possono attuare la prevista ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti.

⁷³ Nella prima opzione il proponente non assume alcun impegno circa il risultato finale della liquidazione, per cui ai creditori non viene promessa alcuna percentuale e verrà pagata quella che otterrà dal ricavato della liquidazione, accettando il rischio che sia inferiore alle aspettative.

Diversamente nella cessione pro solvendo il debitore si impegna a garantire ai creditori il pagamento di una determinata percentuale, che costituirà la misura massima dell'obbligo assunto, per cui un'eventuale eccedenza rimane nelle disponibilità del debitore.

A seguito dell'emendamento del d.l. n. 83/2015 la cessione pro soluto è apparsa di dubbia ammissibilità. Tale forma di concordato con cessione dei beni contrasta con la previsione dell'art 161, 2° comma l. fall. secondo la quale «*il debitore si obbliga ad assicurare a ciascun creditore una determinata utilità specificatamente individuata ed economicamente valutabile*».

⁷⁴ cfr. Cass. 18 marzo 2008, n. 7263, in Mass. Giust. civ., 2008, 430 e Cass. 19 giugno 2006, n. 20259, in Giur. comm., 2007, II, 1171.

II.3.1. Suddivisione dei creditori in classi

In merito ai contenuti del piano il comma primo lett. c) dell'articolo 160 l. fall., dispone che il debitore possa prevedere⁷⁵ «*la suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei*» e di conseguenza «*trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse*». La disposizione riprende quanto disposto all'articolo 124, comma primo lett. a) e b), in materia di concordato fallimentare. L'intento del legislatore è quello di ridurre al minimo il rischio di conflitti di interesse tra creditori e, nell'ambito del procedimento di riorganizzazione, porre in primo piano gli interessi economici dei creditori. La possibilità per il debitore di formare più classi e di prevedere diverse modalità di soddisfacimento delle pretese creditorie gli consente di confezionare una proposta calibrata sulle esigenze dei creditori. E' necessario che la classe venga formata correttamente, «*nessuna frammentazione del ceto creditorio è ammissibile quando sia rivolta, solo, alla raccolta del singolo consenso*»⁷⁶.

A tal fine sussiste un potere da parte del tribunale in ordine al sindacato sulla corretta formazione delle classi: il decreto di ammissione alla procedura deve essere proceduto da una valutazione sulla correttezza dei criteri di formazione delle classi. E sebbene il concordato è approvato solo se la maggioranza si verifica nel maggior numero di classi, viene apprestato un ulteriore rimedio a favore dei creditori, ove si contesti l'esistenza di un voto in conflitto di interessi, questi possono proporre opposizione e chiedere che il concordato non venga omologato a causa del raggiungimento di una maggioranza formata in modo viziato⁷⁷.

II.3.2 Offerte concorrenti

Strettamente attinente al concordato con cessione dei beni è la disciplina delle offerte concorrenti di cui all'art 163-bis l. fall., che costituisce una delle novità più rilevanti

⁷⁵ Una disputa si è aperta circa l'obbligatorietà o meno di formazione delle classi dei creditori: se in un primo momento l'orientamento prevalente propendeva verso la configurazione di un obbligo in capo al debitore, successivamente è intervenuta la Corte di Cassazione che ha chiarito la vicenda optando per un'ipotesi di mera facoltà per il debitore: la Corte ha condiviso l'indirizzo prevalente dalla giurisprudenza di merito, in senso conforme Trib. Milano 4 dicembre 2008 e Trib. Monza 7 aprile 2009 ambedue in *Giur. comm.*, 2010, II, 332;

⁷⁶ A. DIDONE, *op.cit.*, p. 1723.

⁷⁷ S. PACCHI, L. D'ORAZIO E A. COPPOLA, «*Il concordato preventivo, Le riforme della legge fallimentare*», a cura di Didone, II, Torino, 2009, p. 1883

introdotte dal D.L. n.83/2015. La disciplina recepisce a livello normativo la prassi seguita da molti tribunali⁷⁸ di avviare una procedura competitiva nelle ipotesi di presentazioni di proposta di concordato chiusa⁷⁹.

La norma è espressione del principio di contendibilità delle imprese in crisi e ha lo scopo di massimizzare la *recovery* dei creditori, mediante l'individuazione sul mercato di soggetti disposti a erogare somme maggiori, evitando che vi siano accordi collusivi con il compratore che, in qualità di soggetto vicino al debitore, sarebbe portato a presentare un'offerta di ammontare inferiore al valore di mercato dell'oggetto del trasferimento.

L'art. 163-bis, infatti, trova applicazione⁸⁰ nel caso in cui il piano di concordato comprenda un'offerta da parte di un soggetto già individuato avente ad oggetto il trasferimento in suo favore, anche prima dell'omologazione, verso un corrispettivo in denaro o comunque a titolo oneroso, dell'azienda o di uno o più rami di azienda o di specifici beni (c.d. concordato chiuso). La disciplina delle offerte concorrenti trova applicazione anche nella fase preconcordato, come attesta l'art 163-bis, 5° comma, 1. fall., anche se appare difficile conciliare tale istituto con la domanda di concordato in bianco, la quale non contiene né il piano né la proposta.

⁷⁸ Il primo è il caso San Raffaele (Tribunale di Milano, 28 ottobre 2011), in cui il Tribunale di Milano aveva segnalato alcune criticità rispetto alla formulazione della proposta concordataria tramite pacchetto preconfezionato poiché i futuri investitori si trovavano in una posizione di potenziale conflitto di interessi. Essi, infatti, erano nello stesso tempo anche membri del Consiglio di Amministrazione della Fondazione che aveva formulato la proposta.

Il tribunale aveva deciso di aprire una procedura di gara finalizzata a individuare eventuali altri soggetti interessati all'acquisizione a un prezzo superiore rispetto a quello dell'offerente originario. L'offerta infine accettata era ben superiore rispetto a quella avanzata dagli investitori della Fondazione.

Il secondo caso che ha interessato l'opinione pubblica è il caso La Perla s.r.l., (Tribunale di Bologna, 3 dicembre 2013) che aveva depositato ricorso presso il Tribunale di Bologna per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo. La società aveva anticipato il contenuto sostanziale della proposta avendo individuato, in seguito a una selezione degli interessati, l'interlocutore economico al quale affittare e poi cedere l'azienda.

Tuttavia, poiché La Perla s.r.l. aveva successivamente ricevuto una nuova offerta irrevocabile di acquisto, il Tribunale aveva disposto un procedimento competitivo aperto alla partecipazione di qualunque soggetto economico interessato. Anche in questo caso, la procedura competitiva così effettuata ha fatto in modo che l'aggiudicazione dell'azienda avvenisse a un prezzo superiore rispetto a quello originariamente prospettato. Ciò dimostra che solo l'apertura a un procedimento competitivo svolto in tribunale garantisce il raggiungimento del corretto valore di mercato dell'azienda assicurando di conseguenza una maggior soddisfazione dei creditori.

⁷⁹ O. CAGNASSO- L. PANZANI, *op.cit.*, p.3464

La norma stabilisce che il tribunale ricerchi ulteriori interessati all'acquisto, disponendo l'apertura di un procedimento competitivo. E all'esito della procedura il debitore dovrà modificare il piano e la proposta secondo l'esito della gara⁸¹.

L'istituto, così come quello delle proposte concorrenti, accentua il carattere negoziale del concordato preventivo⁸². I creditori, infatti, non devono limitarsi alla valutazione della proposta presentata dal debitore, ma possono presentare delle offerte migliorative, fermo restando che il debitore rimane l'unico soggetto legittimato ad avviare la procedura concordataria con la presentazione della domanda introduttiva.

L'introduzione del nuovo istituto mostra un sostanziale mutamento della natura del concordato preventivo che, da procedura prevalentemente pattizia, soprattutto a seguito della riforma del 2005, torna ad essere caratterizzata da un'ambivalenza tra intervento pubblico e autonomia privatistica.

La disciplina delle offerte concorrenti riflette proprio questa ambivalenza perché se, per un verso, consente al debitore di modulare liberamente il piano e la proposta concordatari in base ad accordi presi con terzi, per l'altro verso, subordina l'efficacia degli accordi stessi all'esito della procedura competitiva che deve essere obbligatoriamente avviata da parte del tribunale.

II.4. Proposta di concordato

La proposta di concordato contiene l'impegno del debitore di soddisfare i creditori secondo le modalità più varie e si connota per essere un documento redatto secondo il criterio della flessibilità e della detipizzazione: il debitore può obbligarsi a pagare una somma di denaro, a trasferire determinati beni o assegnare dei titoli di partecipazione. Ma la previsione del pagamento di una percentuale non inferiore al 20% del credito per la proposta di concordato liquidatorio rappresenta una rinnovata tipizzazione, che svislisce l'autonomia negoziale delle parti. Secondo alcuni tra i più illustri Autori⁸³ – i quali si sono dedicati ampiamente alla materia concorsuale - la previsione di una percentuale minima ha unicamente natura punitiva e pertanto consiste nella reintroduzione di un requisito di meritevolezza oggettivo, cioè merita il concordato quel debitore che ha conservato un

⁸¹ Secondo M. FABIANI, "L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche", in www.ilcaso.it, 2015, p.14

⁸² L. CAMPIONE, "Offerte concorrenti di concordato", in www.ilfallimentarista.it, 14.01.2020.

⁸³ Spicca tra questi la riflessione sul tema di Antonio Didone.

patrimonio sufficiente a pagare i creditori chirografari almeno secondo la percentuale indicata.

II.4.1. Il trattamento dei creditori privilegiati

A seguito della novella del 2007, con la modifica dell'art 160, il terzo comma prevede la possibilità di soddisfare non integralmente i creditori muniti di pegno, ipoteca o privilegio. Ma il terzo comma fissa due presupposti che legittimano la falcidia dei creditori privilegiati ovvero:

- non può essere alterato l'ordine delle cause legittime di prelazione, perciò al creditore di rango inferiore non potrà essere riservato un trattamento preferenziale rispetto al creditore di rango superiore, a pena di inammissibilità della proposta stessa;
- è ammessa la decurtazione dei crediti privilegiati quando i diritti o i beni su cui insiste la garanzia non sono capienti, purchè la circostanza venga attestata da un professionista, munito dei requisiti di cui all'art 67 l. fall. il quale dichiara che il valore di mercato del bene in caso di liquidazione sarebbe inferiore all'entità della garanzia⁸⁴.

Ai creditori privilegiati che abbiano rinunciato in tutto o in parte al proprio privilegio viene riconosciuto il diritto di voto in sede di approvazione del concordato e, per la quota decurtata, il credito secondo un principio generale individuato dagli artt. 54, co.1 e 111-*quater* l. fall.⁸⁵ declassa a credito chirografario. Infatti, se si condivide la tesi secondo cui il creditore privilegiato debba essere soddisfatto unicamente col provento del ricavo di un determinato bene, questo potrebbe finire ad essere pregiudicato rispetto ad un creditore chirografario.

II.4.2. Proposte concorrenti

Come affermato in precedenza, la riforma del 2015 ha introdotto una novità nel panorama del concordato preventivo, ovvero ai sensi del nuovo art. 163, 4° comma l. fall. «*Uno o più creditori che, anche per effetto di acquisti successivi alla presentazione della domanda di cui all'articolo 161, rappresentano almeno il dieci per cento dei crediti risultanti dalla situazione patrimoniale depositata ai sensi dell'articolo 161, secondo*

⁸⁴ G. VERNA, "La relazione del professionista per il pagamento in percentuale dei creditori privilegiati ai sensi dell'art. 160, comma 2, legge fallim.", in *Dir. Fall.*, 2014, I, p. 828.

⁸⁵ G. BOZZA, "Il trattamento dei creditori privilegiati nel concordato preventivo", in *Fallimento*, 2012, p.378.

comma, lettera a)», hanno la possibilità di sottoporre all'adunanza dei creditori una proposta alternativa rispetto a quella presentata dal debitore. La disciplina persegue due finalità, e segnatamente:

- la finalità di massimizzare la possibilità di soddisfazione dei creditori, stimolando il debitore a formulare fin da subito una proposta che rispecchia il reale valore di mercato dell'impresa o dell'azienda, altrimenti i creditori hanno la possibilità di reagire presentando proposte di concordato concorrenti⁸⁶. Il legislatore si pone come scopo di fondo quello di conseguire il riequilibrio tra la posizione del debitore e quella del creditore;
- la finalità di creare in Italia un mercato dei “*distressed debts*” in modo da consentire agli originari creditori, per lo più bancari, di smobilizzare i loro crediti a favore di imprenditori industriali diversi dall'imprenditore.

Tali proposte provenienti *ab externo*, tuttavia, sono assoggettate a stringenti condizioni di ammissibilità descritte precipuamente dalla norma, che costituiscono, secondo taluni Autori⁸⁷, riprova della “timidezza” dell'intervento legislativo volto ad introdurre elementi di concorrenzialità nel concordato preventivo.

Per quanto riguarda i requisiti soggettivi la norma individua i soggetti legittimati alla presentazione della proposta ovvero uno o più creditori che rappresentano il 10% dei crediti totali: ai fini del computo della percentuale, restano esclusi i crediti della controllante, della controllata e delle società sottoposte a comune controllo. Tale previsione si giustifica per lo scopo di evitare l'influenza dell'imprenditore-debitore nell'ambito di una proposta concorrente. In questo caso la proposta non può essere presentata da un terzo, come accade nel concordato fallimentare (art. 124 l.fall.).

È pacifico in dottrina che la proposta possa essere presentata sia da coloro che detengono la percentuale richiesta fin dall'inizio, sia da coloro che la acquisiscono successivamente.

⁸⁶ In tal senso L. PANZANI, “*Osservazioni al disegno di legge n.3201 di conversione in legge del decreto-legge 27 giugno 2015, n. 83, recante misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria*”, in *Nuovo dir.soc.*, 2015, p.55; GUIDOTTI, *Misure urgenti in materia fallimentare: le modifiche alla disciplina del fallimentare le disposizioni dettate in tema di proposte concorrenti*, in *www.ilcaso.it*, 24.07.2015, p.12

⁸⁷ G. 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*”, in *www.ilcaso.it*, 30.10.2015, p.4,

L'unico elemento che rileva è che al momento della scadenza del termine contemplato per la presentazione delle proposte concordatarie la percentuale *de qua* risulti raggiunta⁸⁸. Risulta, invece, discusso se essa possa essere avanzata anche da coloro che sono diventati creditori in una fase successiva rispetto al ricorso, mediante l'acquisizione di crediti preesistenti. Se da una prima interpretazione letterale⁸⁹ sembra doversi escludere tale opzione, in quanto la norma individua la necessaria sussistenza della qualifica di "creditore", per cui appare ammessa, a seguito della presentazione della domanda, esclusivamente una modificazione della sola consistenza quantitativa del credito, fino a raggiungere almeno la soglia minima del 10% dei crediti.

Tuttavia, in omaggio ad un'interpretazione teleologica della disposizione, pare prevalente la tendenza all'ampliamento della legittimazione anche a chi diventa creditore in un momento successivo rispetto a quello della presentazione della domanda di concordato; tale estensione adottata dalla prassi si pone il fine di favorire la contendibilità dell'impresa, in linea di continuità con lo spirito della riforma.

A ciò si associa l'ulteriore espressa previsione secondo la quale l'intervento di terzi può avvenire, se il debitore ha la forma di s.p.a. o s.r.l., mediante "un aumento di capitale della società con esclusione o limitazione del diritto di opzione" (art. 163, comma quinto, l. fall.). Ne deriva che, come osservato in dottrina, "*il vero padrone della realtà economico-impresoriale in crisi diventa il terzo*"⁹⁰, il quale può diventare socio di maggioranza dell'impresa collettiva in regime di concordato preventivo.

Per quando riguarda il profilo oggettivo, contro le proposte ostili viene riconosciuto all'imprenditore la possibilità di tutelarsi prevedendo il pagamento di almeno il 40% dei crediti chirografari ove si tratta di concordato liquidatorio e del 30% ove si tratta di concordato in continuità.

Gli art. 163, comma 6 e l'art. 177 della l. fall. disciplinano il voto in sede di adunanza dei creditori in caso di presentazioni di proposte concorrenti. In primo luogo viene stabilito che i creditori che propongono una proposta di concordato alternativa possono votare solo

⁸⁸ GIACOMO MARIA NONNO, "La concorrenza nel concordato preventivo: proposte competitive", in *Il Quotidiano Giuridico Wolkers Kluwer*, 16.07.2015.

⁸⁹ Dell' art. 163, 4° comma l. fall.

⁹⁰ G.S PRESTIPINO, "Proposte e offerte concorrenti: presupposti, differenze, interazioni", in *diritto.it*, 2016, p. 5. Nello stesso senso, L. VAROTTI, "Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare", in *ilcaso.it*, 2015.

se collocati in un apposita classe: l'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici -presupposti che il debitore deve tenere conto per la formazione delle classi- sono tipizzati dal legislatore. In secondo luogo, il diritto di voto attribuito a tali creditori non fa venire meno le regole generali relative al voto in sede di adunanza, per cui saranno esclusi i creditori privilegiati, salvo se abbiano rinunciato al privilegio.

Si procede alla votazione della proposta presentata dal debitore, proseguendo con quelle dei creditori secondo l'ordine di deposito.

L'art. 177 l. fall. ha stabilito che è approvata la proposta che ha conseguito la maggioranza assoluta dei crediti ammessi al voto.

L'istituto ha, tuttavia, fatto sorgere dubbi di legittimità costituzionale in relazione agli effetti che l'omologazione della proposta può determinare sul patrimonio del debitore e dei soci della società debitrice. In particolare, si solleva il contrasto con il principio della libertà di iniziativa economica privata art. 41 Cost. e con il diritto di proprietà del debitore *ex* art. 42 Cost. Ad una analisi più attenta, ci si rende conto di come però non vi sia il rischio di espropriazione a danno del debitore poiché vi è comunque la previsione di soglie di ammissibilità che ne garantiscono la correttezza ed è inoltre uniformemente riconosciuto che i creditori sono coloro che forniscono il capitale di rischio e pertanto in caso di crisi è perfettamente ammissibile che questi vengano ammessi alla procedura concordataria così da consentire un raccordo tra la sopportazione del rischio e la possibilità di avanzare una proposta di concordato⁹¹. Resta comunque da precisare che il debitore è l'unico legittimato a proporre la domanda di concordato e solo, ove questa sia stata depositata, si apre la possibilità per i creditori di presentare delle proposte alternative. È pur vero che vi sono anche altre criticità, soprattutto in relazione al disincentivo che può rappresentare, per il debitore, il ricorrere alla soluzione concordataria quando vi è il timore, da parte di quest'ultimo, che si possa perdere l'intero patrimonio o per la preoccupazione che vengano presentate proposte col solo fine di sottrargli l'azienda.

Nonostante ciò, l'istituto è da valutare come positivo, poiché interviene in situazioni di crisi con l'intento di presentare proposte migliorative rispetto a quelle avanzate dal

⁹¹ L. CAMPIONE, B. MOLTENI, "Proposte concorrenti di concordato", in *Il fallimentarista*, 19.05.2020.

debitore, nell'interesse generale, seppur possa risultare ostile nei confronti del singolo debitore.

II.5 Domanda di concordato. La competenza e i documenti allegati

La domanda di concordato rappresenta lo strumento processuale attraverso il quale l'imprenditore attiva un articolato procedimento destinato alla raccolta del consenso dei creditori e alla verifica da parte del tribunale che sia correttamente esercitato il potere del debitore di superare la crisi secondo le regole del concorso, ma declinate nella versione più attenuata in luogo di quelle fallimentari. Il debitore in ordine alla scelta di utilizzare tale procedura concorsuale, seppur può essere sollecitato dai terzi, non può essere sostituito in caso di inerzia, in quanto il legislatore ritiene ancora che il debitore debba mantenere il monopolio delle scelte, e restano in suo potere le decisioni circa le modalità di regolare la crisi e l'insolvenza⁹².

La domanda di concordato deve essere sottoscritta personalmente dal debitore⁹³.

Ai sensi dell'art. 161 l. fall. con il ricorso sono presentati:

- Una relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, che ha come scopo quello di informare il tribunale e i creditori in ordine alla crisi della società;
- Un elenco analitico ed estimativo delle attività e passività, nonché l'elenco nominativo dei creditori, con indicazione dei crediti e delle rispettive cause di prelazione: con lo scopo di verificare la fattibilità della proposta e l'individuazione dei soggetti con il diritto di voto.
- Un elenco dei titolari di diritti reali o personali sui beni di proprietà o in possesso del debitore;

⁹² D. GALLETTI, "La ripartizione del rischio di insolvenza", Bologna, 2006, p.15.

⁹³ Se l'imprenditore è una persona fisica viene assistito da un difensore iscritto all'albo degli avvocati, diversamente se si tratta di un ente collettivo è necessario porre una distinzione in base alla natura: ove si tratta di società di persone la decisione compete ai soci che rappresentano la maggioranza del capitale, ove si tratta di società di capitale la decisione viene presa con delibera del consiglio di amministrazione. La domanda di concordato va presentata presso il tribunale del luogo nel cui circondario è ubicata la sede principale dell'impresa, e eventuali trasferimenti di sede nell'ultimo anno antecedenti il deposito della domanda non rilevano ai fini della competenza del tribunale. Una volta depositato il ricorso, viene iscritto il giorno successivo nel registro delle imprese e viene comunicato al pubblico ministero, che sorveglia la procedura e se ne ricorrono i presupposti può intervenire.

- La specificazione del valore dei beni e dei crediti particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili, al fine di consentire ai creditori di valutare la convenienza del concordato rispetto al fallimento;
- Un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta, con l'indicazione della specifica utilità individuata ed economicamente valutabile che il proponente su obbliga ad assicurare a ciascun creditore.

II.5.1. Attestazione del professionista

Per consentire al giudice di pervenire ad un giudizio più approfondito sulla domanda⁹⁴, il legislatore ha ritenuto di dover arricchire la documentazione, richiedendo al debitore di fornire una relazione con la quale un professionista indipendente accerta la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano.

Si tratta di un soggetto che viene scelto dal debitore fra quelli che presentano le qualità soggettive indicate dall'art. 67, co. 3, lett. d) l. fall⁹⁵. Si tratta di un soggetto indipendente⁹⁶ che deve attestare che i dati siano veri: deve cioè rendere manifesti i criteri e le metodologie seguite nel procedimento di revisione della contabilità, e nel farlo si assume una precisa responsabilità civile⁹⁷ e penale. Inoltre, attesta la fattibilità del piano: cioè se il piano così come proposto dal debitore sia attuabile e se questo sia in grado di adempiere le proposte dedotte nella proposta. L'attestazione del professionista «*non costituisce un documento rappresentativo di fatti, ma un giudizio vero e proprio, supportato da adeguata motivazione e strumentale alla prognosi di fattibilità del piano*⁹⁸».

⁹⁴ salva la possibilità del medesimo di assumere informazioni ai sensi dell'art 738 c.p.c

⁹⁵ Il professionista deve essere iscritto nel registro dei revisori legali dei conti ed in possesso dei requisiti previsti dalle lettere a) e b) dell'art. 28. Quest'ultima disposizione prescrive i requisiti per l'esercizio delle funzioni di curatore fallimentare. Possono rivestire l'incarico di curatore: avvocati, dottori commercialisti, ragionieri, ragionieri commercialisti e anche studi professionali associati o società tra professionisti purché all'accettazione dell'incarico venga indicata la persona fisica responsabile della procedura

⁹⁶ La sua indipendenza preclude qualsiasi rapporto personale o professionale con l'imprenditore o con soggetti interessati al risanamento, e implica l'esistenza dei requisiti stabiliti all'art. 2399 c.c, in tema di ineleggibilità e decadenza dei sindaci.

⁹⁷ La responsabilità civile del professionista attestatore deve inquadrarsi secondo i principi generali dettati dal codice civile: pertanto egli risponde a titolo di responsabilità contrattuale nei confronti dell'imprenditore che gli conferisce l'incarico.

⁹⁸ G. LO CASCIO, *op.cit.*, p. 232

L'esistenza della relazione, al pari di un'attestazione inadeguata, sono una condizione di ammissibilità della domanda e, dunque, in caso di assenza o di mancanza dei specifici requisiti il ricorso dovrà essere dichiarato inammissibile.

II.5.2. Domanda di concordato in bianco

Si è detto che il D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in L. 7 agosto 2012, n. 134, ha introdotto l'istituto del concordato denominato "con riserva" o "in bianco" o, ancora, "pre-concordato". L'imprenditore commerciale non "sotto-soglia" ora può beneficiare, per un lasso di tempo definito (compreso tra sessanta e centoventi giorni, prorogabili fino a un massimo di ulteriori sessanta), degli effetti protettivi connessi alla domanda di concordato a semplice richiesta e senza dover previamente assolvere all'onere della compiuta prospettazione delle modalità e dei termini della soluzione con la quale si propone di superare il proprio stato di crisi. Il sesto comma dell'art. 161 l. fall. prevede che il debitore possa proporre la domanda di concordato, corredata dai bilanci degli ultimi tre esercizi e dall'elenco nominativo dei creditori, riservandosi di presentare il piano e gli ulteriori documenti allegati entro un termine, fissato dal giudice. Come è stato stabilito dal Tribunale di Venezia⁹⁹, rispetto alla domanda ordinaria di concordato *"Dal punto di vista sostanziale, tuttavia, non vi è una reale differenza, perché tanto la prima quanto la seconda sono propedeutiche all'instaurazione di una procedura concorsuale e sono sintomatiche della sussistenza di uno stato di crisi del soggetto che presenta l'istanza, potenzialmente suscettibile di esporre ad un pregiudizio i creditori"*.

L'innovazione è importante e merita un approfondimento. Gli effetti di cui all'art 168 l. fall. il cd. *"automatic stay"*, cioè la sospensione delle azioni esecutive e cautelari da parte dei creditori, prende avvio direttamente con la pubblicazione nel registro delle imprese della domanda di concordato, inclusa anche quella con riserva. Inoltre, fin da tale momento si applica l'art 45 l. fall. richiamato dall'art 169 l. fall circa l'opponibilità degli atti. La disposizione si propone lo scopo di essere da stimolo per il debitore per far emergere la crisi in anticipo rispetto al passato, per proteggere il patrimonio dell'imprenditore, assicurare un controllo sulla gestione dell'impresa nella fase crepuscolare¹⁰⁰ ed evitare che nelle more della redazione del piano e della proposta possa

⁹⁹ Con sent. 1684/2018.

¹⁰⁰ L.A BOTTAI, "Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale", in Fallimento, 2012, p.924.

aggravarsi la situazione di crisi sino a sfociare in uno stato di insolvenza. Ma l'esperienza e le prime applicazioni hanno dimostrato che la domanda di concordato si è rivelata uno strumento tattico utilizzato dal debitore per ritardare un confronto con i debitori e quindi la dichiarazione di fallimento. Per evitare un uso distorto di tale istituto il legislatore è intervenuto prevedendo l'esclusione della possibilità per il debitore di reiterare la domanda con riserva, nell'arco di un biennio, ove alla prima non abbia avuto seguito un decreto di ammissione; ha inoltre introdotto la nomina anticipata del commissario giudiziale e ha disposto a carico del debitore, al quale è stato concesso il termine, una serie di obblighi informativi, relativi alla gestione finanziaria dell'impresa e all'attività effettuata per la predisposizione del piano e della proposta, con cadenza mensile e sotto la vigilanza del commissario giudiziale. Quest'ultimo accerta che il debitore non abbia posto in essere atti in frode alle ragioni dei creditori, i quali rappresentano uno dei presupposti per la revoca del concordato ai sensi dell'art 173 l. fall¹⁰¹.

II.6. Concordato in continuità

L'art. 33, lett. h) del decreto legge n. 83 del 2012 ha introdotto l'art. 186-bis l. fall che disciplina il concordato con continuità aziendale¹⁰². Il piano di concordato ai sensi dell'art. 186-bis l. fall. prevede la prosecuzione dell'attività aziendale la quale può realizzarsi in tre modalità diverse: prosecuzione dell'impresa da parte del debitore (c.d. "*continuità diretta*"), cessione dell'azienda in esercizio e conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione (c.d. "*continuità indiretta*")¹⁰³. Non è tuttavia infrequente che il piano concordatario abbia natura "mista" sì da prevedere oltre alla prosecuzione dell'attività produttiva anche la liquidazione di alcuni assets dell'imprenditore. Si discute in questo caso quale sia la disciplina applicabile: è necessario verificare, in relazione al contenuto concreto del piano, se siano prevalenti gli

¹⁰¹ La revoca opera su condotte fraudolente, perpetrate prima dell'apertura della procedura e ovviamente queste condotte avranno la finalità di forviare la valutazione della proposta da parte dei creditori. Tutte le condotte di cui all' art. 173 sono degli artifici posti in essere dal debitore per farsi approvare la proposta. E sono: l'occultamento di parte dell'attivo, dissimulazione dell'attivo, omessa denuncia dei crediti, esposizione di passività inesistenti, altri atti di frode e anche il compimento di atti non autorizzati.

¹⁰² Anche se esso era già ritenuto ammissibile grazie al tenore dell'art. 160 che attribuiva ampia libertà al debitore rispetto alla composizione della proposta, v. G. LO CASCIO, "*Sub. art. 186-bis*", in *Codice commentato del fallimento*, III edizione, 2015, IPSOA, p. 2326-2327.

¹⁰³ V. PETTIROSSI, "Il concordato preventivo: della fattispecie con continuità aziendale", in *Dir. fall.*, 2015, fasc. 2, I, p. 205-232.

elementi di continuità rispetto all'attività di liquidazione in esso prevista.¹⁰⁴ Pertanto si qualifica come concordato con continuità aziendale- con conseguente applicazione della disciplina di cui all'art 186-bis l. fall.- il concordato che prevede la continuazione dell'attività e al contempo la liquidazione, purchè la liquidazione non abbia carattere prevalente rispetto alla prosecuzione dell'attività e, che i beni oggetto della liquidazione non siano funzionali all'esercizio dell'impresa.

Recentemente si è affermato un diverso orientamento della Cassazione¹⁰⁵ che supera il criterio quantitativo utilizzato dalla giurisprudenza di merito; la Cassazione vuole sovvertire tale criterio tramite un ragionamento che valorizza l'art 186-bis: questo consente la liquidazione di beni non essenziale all'attività, implicitamente ritenendo che quelli essenziali siano destinati all'attività.

Ci potrebbero essere delle situazioni limite ma bisogna comunque utilizzare un criterio qualitativo secondo cui il mantenimento dei beni funzionali all'attività implica una continuazione.

La finalità del concordato preventivo con continuità aziendale è comunque quella di garantire la miglior soddisfazione dei creditori, per cui interessi ulteriori, quali il mantenimento dell'azienda in esercizio e la conservazione dei posti di lavoro, possono essere tutelati solo nel caso in cui essi siano compatibili con l'interesse dei creditori. La continuità è possibile solamente qualora l'impresa sia ancora capace di produrre utili immediatamente e nel medio periodo. È essenziale, a tal fine, una tempestiva emersione della crisi quando l'impresa è ancora vitale e dispone delle potenzialità propedeutiche a generare nel breve-medio periodo flussi di cassa da destinare alla soddisfazione dei creditori. Qualora invece la procedura intervenga tardivamente e l'impresa tramite la continuazione non riesca ad accrescere il proprio valore ma continui a produrre perdite, è certamente preferibile ricorrere ad una soluzione liquidatoria. Proprio a tal fine l'art. 186-bis, comma 7, attribuisce al tribunale il potere di revocare il concordato ex art. 173 l. fall., qualora la prosecuzione dell'attività risulti manifestamente dannosa per i creditori.

Il piano concordatario in continuità si caratterizza, rispetto al piano liquidatorio, per una maggior ampiezza di contenuti funzionali e una serie di vantaggi tesi ad agevolare la

¹⁰⁴ O. CAGNASSO- L. PANZANI, *op.cit.*, p.3544

¹⁰⁵ Cass. sez. I, 15 Gennaio 2020, n. 734

risoluzione dello stato di crisi con preservazione dei valori aziendali, e una maggior analiticità nella descrizione delle modalità esecutive, per evitare che si risolva in un danno per i creditori.

Nell'ambito del concordato con continuità aziendale, vi sono numerose disposizioni di favore, sia di rilievo privatistico sia pubblicistico.

A livello privatistico, da un lato, si riconosce al debitore la facoltà di prevedere nel piano una moratoria per un periodo fino ad un anno dall'omologazione del concordato per il pagamento dei creditori privilegiati, pignorati o ipotecari. Dall'altro lato, viene esclusa la risoluzione dei contratti in corso e sancita l'inefficacia di eventuali patti contrari: vengono così paralizzate le tipiche clausole dei contratti commerciali che prevedono la risoluzione di diritto in caso di assoggettamento di una delle parti a fallimento o altre procedure concorsuali.

Sul versante pubblicistico è interessante notare come l'esclusione della risoluzione dei contratti in corso di esecuzione operi anche con riferimento ai contratti stipulati con le pubbliche amministrazioni (*rectius*, stazioni appaltanti) con la conseguenza che la norma sopravvenuta prevale sulle eventuali previsioni contrarie contenute nella *lex specialis* di gara.

Tale regola è stata rafforzata dalla previsione contenuta nel nuovo art. 186-bis l. fall., secondo il quale «*l'ammissione al concordato preventivo non impedisce la continuazione di contratti pubblici*» a condizione che un professionista indipendente attesti la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento da parte dell'impresa in crisi.

Ma la vera rivoluzione nel sistema del Codice dei contratti pubblici è rappresentata dalla possibilità, per l'impresa ammessa al concordato, di partecipare a procedure di affidamento in deroga all'art. 38, comma 1 del Codice: disposizione, quest'ultima, che espressamente preclude la partecipazione alla gara alle imprese assoggettate a fallimento o altre procedure concorsuali, ivi incluso il concordato preventivo. In conclusione, La continuità aziendale costituisce il miglior soddisfacimento dei creditori solo ove si valuti che la crisi sia soltanto una fase della vita dell'impresa, reversibile mediante dei processi di risanamento e riorganizzazione. Può risultare addirittura controproducente qualora l'impresa non riesca nonostante il risanamento a ritornare competitiva sul mercato.

II.7. Gli organi della procedura

Gli organi della procedura di concordato preventivo sono il tribunale, il giudice delegato e il commissario giudiziale, questi ultimi due sono nominati dal primo con il decreto di ammissione della procedura. Quando la proposta di concordato contiene la previsione di cessione dei beni allora il tribunale, salvo se stabilito diversamente, nomina uno o più liquidatori giudiziali e un comitato dei creditori composto da tre a cinque membri.

II.7.1. Il giudice delegato

Il giudice delegato svolge molteplici funzioni nel concordato preventivo¹⁰⁶ ma nessuna di queste è di natura giurisdizionale: a differenza del fallimento non si occupa del procedimento di formazione dello stato passivo, per cui il giudice è privo del potere di accertare l'esistenza di un credito anteriore alla procedura¹⁰⁷ e in caso di questioni relative ai crediti queste devono essere risolte nell'ambito di autonomi giudizi contenziosi¹⁰⁸.

Al giudice delegato non viene riconosciuto un potere di direzione della procedura ma ha un ruolo di raccordo tra le segnalazioni che provengono dal commissario giudiziale e le attribuzioni che spettano al tribunale, come nel caso del procedimento di revoca del concordato¹⁰⁹.

Il giudice svolge un ruolo importante in occasione dell'adunanza dei creditori e oltre a dirigerla, provvede alle contestazioni che sorgono ai fini della votazione.

Ma il dato più rilevante che sembra emergere è che tale organo dispone di molta più influenza sulla gestione della procedura concordataria rispetto al fallimento: ha infatti il compito, ai sensi dell'art 167 l. fall., di autorizzare gli atti di straordinaria amministrazione, incidendo notevolmente sulla procedura.

¹⁰⁶ Si occupa di: annotare il decreto di ammissione alla procedura sui libri contabili(art. 171 l. fall.); nomina uno stimatore per assistere il commissario giudiziale(art. 172 l. fall.); ha la presidenza dell'adunanza dei creditori(art. 174 l. fall.); è competente in caso di rinvio dell'udienza di adunanza(art. 178 l. fall.); e redige la relazione al tribunale per la cessazione della procedura in caso di mancato raggiungimento delle maggioranze per l'approvazione del concordato(art. 179 l. fall.).

¹⁰⁷ Un provvedimento che decidesse in tal senso deve considerarsi "abnorme" perché posto in essere in carenza assoluta del potere e impugnabile con l'*actio nullitatis*.

¹⁰⁸ Cass. 9 giugno 2010, n.13897, in *Fallimento*, 2010,924.

¹⁰⁹ S. AMBROSINI, "Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti", in Tratt. Cottino, XI, Padova, 2008, p.86.

II.7.2. Il tribunale

Si occupa di aprire la procedura (art. 163 l. fall.), la sorveglia (art. 173 l. fall.) e ne stabilizza gli effetti con l'omologazione (art. 180 l. fall.). I poteri del tribunale sono esigui ma qualitativamente significativi, basti pensare all'autorizzazione al compimento di atti di straordinaria amministrazione nella fase interinale (art. 161, co.7, l. fall.), alla autorizzazione al pagamento dei crediti anteriori al concorso (art. 182-*quinquies* l. fall.)¹¹⁰. La riforma del 2015 ha attribuito al tribunale poteri più incisivi nella fase di esecuzione del concordato: ai sensi dell'art. 185 l. fall., in primo luogo, è possibile il coinvolgimento del commissario giudiziale, se questo accerta che il debitore non dà esecuzione alla proposta concorrente, per cui riferisce al tribunale che può decidere di attribuire al commissario i poteri necessari (cd. intervento coercitivo); altresì il tribunale può revocare l'organo amministrativo e nominare un amministratore giudiziario attribuendogli ogni potere necessario per dare attuazione alla proposta, anche qualora quest'ultima preveda l'aumento di capitale.

Assistiamo in questo caso ad un effetto della concorsualità di tipo espropriativo, per cui la preminenza dell'interesse creditorio (definito con omologa del concordato) assume un ruolo preminente e determina l'attribuzione al tribunale di incidere sulle competenze endosocietarie fino ad alterarle o sostituirle in via coattiva.

Inoltre, a lui sono demandati i compiti di decidere sui reclami proposti contro i decreti del giudice delegato e di liquidare il compenso del commissario giudiziale.

II.7.3 Il commissario giudiziale

La figura del commissario giudiziale viene disciplinata attraverso un mero richiamo alle norme relative al curatore, ma ciò deve essere valutato attentamente stante la diversità di ruoli.

Secondo la tesi maggioritaria il commissario deve inquadrarsi a pieno titolo quale organo della procedura e non come un mero ausiliario del giudice¹¹¹: infatti spettano lui ampi

¹¹⁰ A. DIDONE, *Le riforme delle procedure concorsuali*, Tomo II, Milano, 2016, p.1774.

¹¹¹ Non può essere considerato un mero ausiliario del giudice delegato, in quanto, pur cooperando con il quest'ultimo, è nominato dal tribunale e ha poteri e funzioni attribuitegli direttamente dalla legge fallimentare che, in quanto "*lexspecialis*", prevale su quella generale dettata dal d.p.r 30.05.2002, n. 115 in tema di ausiliari della magistratura.

poteri nella fase iniziale, in quella istruttoria del procedimento, e infine, nella fase di esecuzione.

Al commissario giudiziale, qualificato dall'art. 165 quale pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni, spettano compiti di diversa natura:

- vigila sulla gestione dell'impresa che viene proseguita dal debitore;
- da impulso agli adempimenti del debitore e agli incombeni processuali;
- redige l'inventario del patrimonio del debitore e una relazione particolareggiata sulle cause del dissesto;
- partecipa all'adunanza dei creditori e illustra la sua relazione;
- sorveglia sull'adempimento del concordato *post omologa*.

I poteri del commissario sono ridotti rispetto a quelli del curatore in quanto manca nel concordato lo spossessamento del debitore e dunque i suoi poteri si identificano in *attività di controllo, consultive e di iniziativa*¹¹². All'assenza di poteri di amministrazione del patrimonio corrisponde sul piano processuale il fatto che il commissario è privo della legittimazione processuale sia attiva che passiva, che rimane in capo al debitore e non ha la rappresentanza dei creditori.

L'art. 165 l. fall. richiama l'art. 38 in punto di responsabilità: tuttavia dato il richiamo alla previsione normativa della «*diligenza richiesta dalla natura dell'incarico*», è necessario tenere a mente la diversità del commissario rispetto al curatore per individuare l'esatto perimetro della sua responsabilità. Secondo la tesi maggiormente condivisibile, la responsabilità in questione ha natura extracontrattuale¹¹³, in quanto l'incarico deriva da un provvedimento del giudice, senza che sussista un rapporto obbligatorio nei confronti del debitore e dei creditori.

In presenza di comportamenti scorretti del commissario, ovvero anche per il semplice venir meno del rapporto fiduciario il tribunale può, d'ufficio o su iniziativa sollecitata dei singoli creditori, attivare il procedimento di revoca ai sensi dell'art 37 l. fall. Quanto al

¹¹² E. RICCIARDIELLO, "Il ruolo del commissario giudiziale nell'era del 'fallimento del contrattualismo concorsuale", in *Giur. comm.*, Milano, 2015, parte I, p. 715.

¹¹³ Contr. A. PRINCIPE, "Artt. 163 e 164, in NIGRO-SANDULLI, *La riforma della legge fallimentare*, Torino, 2006, II, p. 1013: la cui teoria della responsabilità contrattuale fa leva sul fatto che l'incarico è assoggettato ad accettazione, con accentuazione della natura professionale dell'incarico: circostanza che appare inidonea a realizzare un circolo contrattuale con i soggetti della procedura.

compenso, la competenza circa la liquidazione spetta al tribunale al termine della procedura, dopo il decreto che decide sull'omologazione¹¹⁴.

II.8. Gli effetti della domanda di ammissione

A seguito dell'emanazione da parte del tribunale del decreto di apertura della procedura ai sensi dell'art. 163 l. fall., il provvedimento è sottoposto agli oneri pubblicitari e dovrà essere pubblicato a cura del cancelliere nelle forme previste per la sentenza dichiarativa di fallimento. Il legislatore ha previsto la divaricazione, dal punto di vista temporale, degli effetti dell'ammissione della domanda. Per ciò che attiene alle norme sull'amministrazione dei beni in corso di procedura¹¹⁵ gli effetti decorrono dal deposito del decreto di ammissione in cancelleria; per quanto riguarda invece il divieto di azioni esecutive e cautelari e il divieto di acquisto di diritti di prelazione gli effetti nei confronti dei creditori decorrono «dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese¹¹⁶». Da ciò si ricava che gli oneri di trascrizione del decreto di ammissione hanno natura di pubblicità notizia.

Nei successivi paragrafi verranno analizzati i principali effetti dell'ammissione alla procedura concordato. Da un primo sguardo la disciplina si muove lungo due direttrici. In primo luogo, essa vuole tutelare le ragioni dei creditori da possibili attività fraudolente dell'imprenditore, il quale mantiene l'amministrazione dei beni dell'impresa in corso di procedura. In secondo luogo vuole riparare il debitore dalle azioni esecutive e cautelari. Infine, vi è la norma sulla sorte dei contratti pendenti, che esprime il sincero interesse del legislatore per le prospettive di continuità aziendale dell'impresa in crisi.

II.8.1. Amministrazione dei beni durante la procedura

Rispetto agli effetti che si producono nei confronti del debitore, il legislatore all'art 167 l. fall. ha stabilito che l'imprenditore che propone la domanda di concordato conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, sotto la vigilanza del

¹¹⁴ Se è prevista la liquidazione dei beni, il compenso liquidato al termine di questa fase, insieme alla liquidazione del compenso del liquidatore giudiziale.

¹¹⁵ Art. 167 l. fall.

¹¹⁶ Art. 168 l. fall.

commissario giudiziale¹¹⁷. L'imprenditore mantiene la titolarità dell'impresa, ma non ne ha più il dominio assoluto in quanto alcune tipologie di atti possono essere compiuti solo con l'autorizzazione del giudice delegato e vi sono altri atti che presuppongono il rispetto di talune cautele. Per questo motivo, nel concordato non si incontra il fenomeno tipico del fallimento inteso come spossessamento, ma si utilizza l'espressione più adatta di «*spossessamento attenuato*»¹¹⁸.

L'enumerazione che il secondo comma dell'art 167 l. fall.¹¹⁹ fornisce degli atti di straordinaria amministrazione, per i quali l'imprenditore deve munirsi dell'autorizzazione del giudice delegato, è da ritenersi meramente esemplificativa, pertanto per l'individuazione di ciascun atto, è necessario ricorrere ai principi dettati dalla legge in materia. La giurisprudenza ha enunciato un criterio distintivo tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione, stabilendo che dovesse fondarsi sulla diversa intensità degli effetti economici prodotti nella sfera patrimoniale cui essi afferiscono: quindi si configurano quali atti di ordinaria amministrazione quelli che mirano alla conservazione o al miglioramento del patrimonio, mentre gli atti di straordinaria amministrazione incidono sullo stesso determinando la diminuzione o dispersione¹²⁰. Ma la valutazione circa l'inefficacia di un atto posto in essere senza l'autorizzazione ai fini della sua inefficacia deve essere compiuta con riferimento all'interesse della massa dei creditori. Infatti la Corte di Cassazione¹²¹ ha affermato che atti astrattamente qualificabili come di ordinaria amministrazione se compiuti nel normale esercizio di una impresa possono, invece, assumere un diverso connotato se compiuti dopo la presentazione di una domanda

¹¹⁷ Secondo l'attuale impostazione di legge, non è più previsto un potere di direzione della procedura del giudice delegato, altrimenti si sarebbe tradito il principio di delega legislativa fondato sul riequilibrio delle posizioni degli organi e la maggior facoltà del debitore di operare scelte più convenienti ed opportune per il recupero dell'impresa, per la ristrutturazione dei debiti. Per cui non è più rimesso al giudice delegato assumere tutte le iniziative per l'amministrazione del patrimonio ma l'imprenditore è libero di predisporre un piano che lo abilita al recupero dell'impresa ma anche ad amministrare il suo patrimonio, salvo le autorizzazioni del giudice delegato.

¹¹⁸ Cass. 16 marzo 2007, n.6211, in *Foro it.*, Rep.,2007, voce *Concordato preventivo*, n.120.

¹¹⁹ Art. 167.2: «I mutui, anche sotto forma cambiaria, le transazioni, i compromessi, le alienazioni di beni immobili, le concessioni di ipoteche o di pegno, le fideiussioni, le rinunzie alle liti, le ricognizioni di diritti di terzi, le

cancellazioni di ipoteche, le restituzioni di pegni, le accettazioni di eredità e di donazioni e in genere gli atti eccedenti la ordinaria amministrazione, compiuti senza l'autorizzazione scritta del giudice delegato, sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato».

¹²⁰ G. LO CASCIO, *op.cit.*, p.336.

¹²¹ Cass. Civ., sez. I, 29 Maggio 2019, n. 14713

di concordato – e qui si deve aggiungere soprattutto se “con riserva” -, poichè, ove abbiano a investire interessi del ceto creditorio o incidere negativamente sulla procedura, quegli atti possono risultare idonei a sottrarre risorse, ovvero a pregiudicare la consistenza del patrimonio, compromettendo la capacità residua di soddisfacimento delle ragioni dei creditori.

Nell’ambito della fase di preconcordato è certamente concessa al debitore la facoltà di compiere atti di gestione dell’impresa, senza necessità di autorizzazione, ma pur sempre tenendo conto del fine primario di conservazione dell’integrità e del valore patrimoniale. In linea con il criterio condiviso dalla giurisprudenza maggioritaria della idoneità dell’atto a incidere negativamente sul patrimonio del debitore, pregiudicandone la consistenza o compromettendone la capacità a soddisfare le ragioni dei creditori, ai fini della possibilità di ravvisare il fondamento della prededuzione del credito derivante da atti di amministrazione ordinaria “legalmente compiuti”, secondo la specifica previsione dell’art. 161, comma 7, la prospettiva del concordato non può essere completamente “in bianco”. In vero è necessaria quella che taluni hanno definito una minima *discovery*, vale a dire una certa qual indicazione, finanche nel caso solo di massima, ma comunque idonea a segnalare il tipo di proposta che si intenda presentare, così da stabilire almeno verso quale forma di concordato l’imprenditore abbia inteso indirizzarsi, per modo da confrontare rispetto a essa la valutazione degli atti consentiti¹²². Ove la domanda sia prospettata come veramente “in bianco” e l’atto incidente si riveli idoneo a incidere negativamente sul patrimonio dell’impresa, questo deve essere considerato come di straordinaria amministrazione.

Quando il debitore compie un atto di straordinaria amministrazione durante la procedura senza aver ottenuto l’autorizzazione del giudice delegato, la sanzione che si prospetta è molto rigorosa posto che tale violazione rappresenta un elemento decisivo per pervenire, su iniziativa del commissario giudiziale, alla revoca del concordato ai sensi dell’art 173 l. fall.

Per cui si instaura il procedimento di revoca e, in presenza di richieste di fallimento, può essere dichiarato il fallimento salvo se l’imprenditore ammesso alla procedura negoziale dimostri, nel conseguente giudizio di revoca l. fall., art. 173, che tali atti (non assentiti

¹²²Cass. Civile, sez. I, sent. n. 14713 del 29 maggio 2019

giudizialmente) non siano pregiudizievoli per gli interessi dei creditori, essendo ispirati, al contrario, al criterio della migliore soddisfazione dei creditori, ovvero non siano diretti a frodare le ragioni di questi ultimi, così non pregiudicando le possibilità di adempimento della proposta formulata con la domanda di concordato. Tale dimostrazione probatoria potrà essere fornita positivamente tramite l'allegazione e la prova da parte del debitore ammesso alla procedura concorsuale di elementi fattuali per l'apprezzamento positivo dell'atto non autorizzato, accertamento quest'ultimo da compiersi ad opera del giudice di merito¹²³.

II.8.2. Effetti nei confronti dei creditori: sospensione azioni esecutive e cautelari

L'art 168 stabilisce che dalla data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriori al decreto non possono sotto pena di nullità iniziare o proseguire azione esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore¹²⁴.

La latitudine soggettiva del divieto è fissata per tutti i creditori, anche i crediti che sorgono durante la procedura di concordato, infatti l'art 169 "norma applicabili" non fa un esplicito richiamo all'art 51 l. fall. per cui a differenza del fallimento che prevede l'inciso "salvo disposizioni di legge", sulla base del quale gli istituti di credito fondiario, possono promuovere l'azione esecutiva speciale, l'art 168 l. fall. non contempla un'equivalente regolamentazione per il concordato preventivo.

La ratio giuridica di tale istituto consiste nell'inibire il compimento di atti destinati a disperdere il patrimonio del debitore e precludere la realizzazione del piano di risanamento, per questa ragione la tutela non può che riguardare qualsiasi tipo di azione colta ad aggredire i beni coinvolti. Per cui il soggetto che si assume titolare di un diritto, reale o personale incompatibile, con l'esecuzione concordataria, deve, in caso di contestazione far accertare l'estraneità del bene al patrimonio segregato, e solo in caso di esito positivo potrà agire in esecuzione su detto bene.

¹²³ Cass. civile, sez. I, 21 Giugno 2019, n. 16808.

¹²⁴ Il divieto di cui all'art. 168 l. fall. in ordine alle azioni esecutive individuali non si estende al pignoramento presso terzi, e quindi ai pagamenti che il *debitor debitoris*, effettua in favore del creditore precedente perché la disposizione di cui all'art. 44 in tema di atti inefficaci al fallimento non si applica al concordato preventivo.

Il divieto originariamente destinato alle sole azioni esecutive si è esteso¹²⁵ anche alle azioni cautelari, intesa in senso generico. Non tutte le azioni cautelari debbono essere considerate inibite, ma solo quelle che sono prodromiche all'esperimento di una successiva tutela esecutiva volta ad aggredire i beni del patrimonio segregato. Per cui, se è pacifico che il divieto ricomprende sicuramente il sequestro conservativo, discusso invece è se si possa estendere anche al sequestro giudiziario.

Fra gli effetti che si producono sui creditori e cioè sulle iniziative che ai creditori competono, inoltre, l'art 168 l. fall, contempla il divieto di acquistare nuovi titoli di prelazione: ovvero il divieto si riferisce alla costituzione di ipoteche giudiziali¹²⁶.

Il periodo di applicazione di entrambi i divieti inizia nel momento in cui viene pubblicato il ricorso per l'ammissione e si esaurisce quando diviene definitivo il decreto di omologazione.

II.8.3. Gli effetti sui contratti pendenti

La legge del 1942 nulla stabiliva circa la disciplina dei contratti pendenti intesi come i "contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti" da entrambe le parti al momento in cui è aperta la procedura concorsuale. Con la L. 134 del 2014 - successivamente rivisitata con D.L 83 del 2015- si è stabilita per la prima volta una espressa disciplina, prevedendo l'introduzione dell'art 169-bis l. fall.

La norma ha come scopo quello di contemperare esigenze diverse di cui sono portatori i vari attori della procedura:

- l'interesse del contraente *in bonis* alla regolare esecuzione del contratto;
- l'interesse dei creditori a non subire i costi di prosecuzione del contratto¹²⁷;
- l'interesse dell'impresa a realizzare il piano senza il vincolo dei contratti pendenti.

In sostanza, l'art 169-bis l. fall. consente al debitore di chiedere con ricorso *ex art 161 l. fall.* o successivamente all'ammissione alla procedura, di essere autorizzato a sciogliersi

¹²⁵ Questa estensione era praticata in via interpretativa da Trib. Firenze 14 novembre 1996, in *Toscana giur.*, 1998, 293.

¹²⁶ È ipotizzabile che il creditore ottenga un decreto ingiuntivo, non essendo preclusa lui la tutela dichiarativa, che può essere usato come titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale: in tal caso, l'ipoteca è priva di effetti.

¹²⁷ G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, cit., p.441.

dal contratto¹²⁸ non ancora eseguito o richiedere una mera sospensione per un periodo non superiore ai sessanta giorni, prorogabili una sola volta. Secondo il Tribunale di Mantova¹²⁹ «*durante la fase pre-concordataria è ammissibile soltanto la sospensione dei contratti pendenti e non lo scioglimento, in quanto la provvisorietà degli effetti della domanda di concordato c.d. in bianco, reversibile ed utilizzabile, all'esito del termine concesso, anche per la presentazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti nonché non vincolante nella sua formulazione, appare incompatibile con la stabilizzazione e la irreversibilità degli effetti che lo scioglimento comporta nei confronti delle controparti contrattuali*». Il giudice, a seguito del contraddittorio instaurato con il contraente *in bonis*¹³⁰, decide circa la richiesta avanzata dal debitore temperando i vari interessi. Il contraente che ha interesse alla prosecuzione del contratto può proporre reclamo nei confronti del decreto di scioglimento ai sensi dell'art 26 l. fall., potendo addurre che o il contratto rientra nel catalogo dei contratti esentati o il contratto è stato eseguito da almeno una delle parti o infine che quest'ultimo trovi una diversa disciplina¹³¹. Lo scioglimento opera *ex nunc*, per cui le obbligazioni che gravano su ciascuna delle parti diventano rispettivamente inesigibili. L'ulteriore effetto che si produce è che al contraente *in bonis* viene riconosciuto un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento: si parla di indennizzo perché la fonte del credito- che viene soddisfatto quale credito anteriore alla procedura- è un atto lecito, ma un atto che è autorizzato dal tribunale ma è pur sempre un pregiudizio.

II.9. Approvazione del concordato

Una volta che il commissario giudiziale abbia depositato la relazione di cui all'art. 172 l. fall., almeno quarantacinque giorni prima dell'adunanza, ed eventualmente la relazione integrativa, nel termine di quindici giorni dall'adunanza dei creditori, il procedimento per l'approvazione del concordato preventivo procede con l'adunanza dei creditori nella data

¹²⁸ La nuova disciplina non riguarda il contratto di lavoro subordinato, il contratto di locazione immobiliare, il contratto di finanziamento dedicato, il contratto preliminare di vendita: per tali contratti si applica il regime previgente e cioè la naturale prosecuzione.

¹²⁹ Decreto emesso in data 09/04/2020 dal Trib. Mantova, sez II, a seguito di un'istanza presentata dalla una società in liquidazione, che aveva presentato una domanda di prenotativa di concordato.

¹³⁰ In senso affermativo, Trib.Piacenza 5 aprile 2013, in *www.ilcaso.it*; Trib.Monza 21 gennaio 2013, in *www.ilcaso.it*;

¹³¹ M. PANZANI, "Le alternative al fallimento.il concordato e gli accordi di ristrutturazione dopo il D.L 83/2015", in *Nuovo dir. Soc*,21,2015, p.40

stabilita dal decreto di cui all'art. 163 l. fall. L'adunanza è diretta dal commissario giudiziale e prevede la partecipazione del debitore¹³² e dei creditori, intesi come tutti quei creditori per titolo e causa sorti prima della procedura di concordato: si tratta di una categoria più ampia rispetto ai creditori legittimati al voto, perché ammessi dal commissario giudiziale, comprendendo tutti i creditori anteriori a prescindere dall'inclusione o meno nell'elenco predisposto dal debitore ai sensi dell'art 161 l. fall.

Alla luce di ciò emerge che nel concordato non è presente una verifica a carattere giurisdizionale destinata all'accertamento dell'esistenza e della natura delle obbligazioni concordatarie; qualsiasi controversia deve svolgersi in un'altra sede, ove il creditore in contraddittorio con il debitore, che conserva piena legittimazione passiva, può dibattere sulla consistenza ed entità dei crediti. Sulla base di quanto prospettato è facile immaginare che la fase amministrativa concordataria non ha una durata coincidente con la fase contenziosa concernente l'accertamento dei crediti contestati, per cui l'ipotesi ideale sarebbe quella di ottenere una decisione definitiva prima della votazione, affinché il creditore partecipi sulla base di una posizione obbligazionaria certa. Ma ciò non si verifica, per cui i creditori ammessi al voto non coincidono con l'esatta massa passiva. Risulta inconciliabile, in pendenza di un giudizio contenzioso, l'esigenza di celerità della definizione della procedura concordataria e l'interesse a garantire l'effettiva partecipazione di tutti i creditori, perciò al creditore, viene preclusa la possibilità di ottenere la sospensione del giudizio di omologazione o di risoluzione o di annullamento, ma gli viene apprestata una cautela ai sensi dell'art 181 ult. comma l. fall. ovvero le somme spettanti ai creditori contestati, condizionali ed irreperibili sono depositate nei modi stabiliti dal tribunale. Il commissario giudiziale in sede di adunanza, oltre ad esporre la sua relazione, illustra ai creditori la proposta concordataria del debitore nella sua versione definitiva e se viene presentata una proposta concorrente, il giudice delegato -in assenza di un autonomo decreto di ammissibilità del tribunale- deve deliberarne sommariamente l'ammissibilità.

¹³² Il debitore, o il suo rappresentante se trattasi di ente collettivo, deve intervenire personalmente, salvo il caso di impedimento assoluto che, se giustificato e accertato, consente la partecipazione di un mandatario speciale. All'adunanza possono inoltre partecipare i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso.

L'adunanza¹³³ costituisce la fase in cui fra le parti si apre un contraddittorio pieno con il quale, il debitore può contestare la sussistenza dei crediti o la correttezza delle proposte concorrenti, e ciascun creditore può dissentire circa l'ammissione di altri crediti o circa l'ammissibilità e/o convenienza di altre proposte.

Conclusasi la fase di discussione si procede alla votazione delle proposte. Vengono sottoposte ai creditori tutte le proposte, iniziando da quella presentata dal debitore, seguita da quelle concorrenti, in ordine temporale della loro presentazione.

La legittimazione al voto spetta ai creditori, così come vengono individuati dal debitore e a seguito della decisione del giudice delegato in sede di adunanza: come stabilito dal Tribunale Ravenna, 29/05/2020 "In base all' art 176 l. fall., con riferimento ai crediti in tutto o in parte contestati, il provvedimento reso dal giudice delegato è "provvisorio" ed è reso *«ai soli fini del voto e del calcolo delle maggioranze, senza alcun pregiudizio circa le pronunzie definitive sulla sussistenza o meno del credito stesso»* .

L'art 177, comma 1., l. fall., come novellato, dispone che il concordato, per ritenersi approvato, richiede la votazione favorevole dei creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto¹³⁴ e, qualora, siano previste delle classi, questa maggioranza deve essere registrata nel maggior numero delle classi¹³⁵.

I creditori privilegiati, di cui il piano prevede un pagamento integrale, non possono votare, dato che i loro interessi non sono falcidiati dalla proposta, salvo la rinuncia al diritto di prelazione. Allo stesso modo vengono trattati i creditori muniti di privilegio, pegno e ipoteca, se la proposta prevede un pagamento integrale, salvo se hanno rinunciato in tutto o in parte al loro diritto di prelazione. La rinuncia, se formalizzata, ha effetto ai soli fini del concordato, sicchè, in caso di revoca, mancata omologazione del concordato o fallimento, la prelazione rivive.

¹³³ Il d. l. del 3 maggio 2016 n. 59, convertito con modificazioni dalla legge del 30 giugno 2016 n. 119, ha introdotto la possibilità che l'adunanza venga svolta in via telematica

¹³⁴ Sono considerati creditori ammessi al voto: a) i creditori condizionali e quelli gravati da patto di preventiva escussione di un obbligato principale; b) i titolari di rapporti giuridici pendenti, quali creditori concorsuali; c) creditori obbligazionisti, per i quali il voto compete al rappresentante comune nominato dall'assemblea a norma dell'art. 2415, n.1, c.c.

¹³⁵ T. MANFEROCE, "sub art.175", in Lo Cascio, *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2013, p.2059 e ss.

Sono, infine, esclusi dal voto e dal computo della maggioranza il coniuge del debitore, i suoi parenti e affini sino al quarto grado, i cessionari o aggiudicatari dei loro crediti da meno di un anno prima della presentazione della domanda di concordato.

Per il raggiungimento della maggioranza è necessario che ricorra il consenso palese dei creditori che rappresentano la maggioranza, infatti è stato sconfessato l'indirizzo seguito prima della novella del 2015, il quale era costruito sul metodo del "silenzio-assenso", vale a dire la presunzione di favore per la proposta in mancanza del voto negativo fatto pervenire nei 20 giorni dall'adunanza. Tornare al sistema del voto esplicito per manifestare il consenso rappresenta un chiaro indizio di sfiducia verso i concordati e una soluzione contrastante col concordato fallimentare.

L'adunanza dei creditori si chiude, ai sensi dell'art. 178 l. fall., con il processo verbale che dà conto dei voti favorevoli e contrari, dell'elenco nominativo dei votanti e del rispettivo ammontare dei crediti e l'indicazione dei creditori che non hanno esercitato il diritto al voto. Il verbale è sottoscritto dal commissario giudiziale, dal cancelliere e dal giudice delegato, solo la mancata sottoscrizione di quest'ultimo produce la nullità del verbale. I creditori astenuti ai sensi del terzo comma dell'art. 178 l. fall. *«possono far pervenire lo stesso per telegramma o per lettera o per telefax o per posta elettronica nei venti giorni successivi alla chiusura del verbale»*.

II.9.1. Mancato raggiungimento della maggioranza

Quando il concordato è approvato si apre la fase di omologazione, mentre quando la maggioranza non è raggiunta, il giudice delegato ne riferisce al tribunale affinché provveda ai sensi dell'art 162 l. fall.¹³⁶; il tribunale, procedendo ad un'autonoma valutazione, qualora confermi il mancato raggiungimento delle maggioranze dovrà

¹³⁶ Art. 162 Inammissibilità della proposta:

"I. Il Tribunale può concedere al debitore un termine non superiore a quindici giorni per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti.
II. Il Tribunale, se all'esito del procedimento verifica che non ricorrono i presupposti di cui agli articoli 160, commi primo e secondo, e 161, sentito il debitore in camera di consiglio, con decreto non soggetto a reclamo dichiara inammissibile la proposta di concordato. In tali casi il tribunale, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5 dichiara il fallimento del debitore.

III. Contro la sentenza che dichiara il fallimento è proponibile reclamo a norma dell'articolo 18. Con il reclamo possono farsi valere anche motivi attinenti all'ammissibilità della proposta di concordato".

pronunciare l'improcedibilità¹³⁷ della proposta di concordato. In effetti il 2° comma dell'art. 162 l. fall. parla di "inammissibilità" della proposta, in quanto, il tribunale procede ad un accertamento circa la sussistenza dei requisiti per l'ammissione alla procedura¹³⁸; mentre in questo caso i creditori si pronunciano su un piano già verificato e già ammesso dal tribunale, per questo risulta più appropriato il termine "improcedibilità". Sempre sulla scorta dell'art 162. l. fall. al decreto di improcedibilità potrà seguire la declaratoria di fallimento del debitore, ma solo previa istanza del creditore o richiesta del pubblico ministero, una volta accertati i requisiti imprescindibili di cui all'art. 1 e 5 l. fall. Rispetto alla trascorsa disciplina, il legislatore ha poi disposto che, se dopo l'approvazione del concordato il commissario dovesse rilevare una modifica circa le condizioni di fattibilità del piano, deve darne avviso ai creditori, che possono costituirsi nel giudizio di omologazione e modificare il voto.

II.10. Il giudizio di omologazione

Una volta che la proposta concordataria, quella del debitore o del creditore, è stata approvata, il fattore negoziale del concordato si conclude ma è comunque necessario che intervenga il decreto di omologazione affinché si producano gli effetti del patto concordatario¹³⁹. Il concordato esprime piena efficacia verso i creditori dissenzienti, secondo il principio di maggioranza, solo se la proposta viene omologata dal tribunale. Dal punto di vista procedimentale se il concordato è stato approvato, il giudice delegato ne riferisce al tribunale che fissa l'udienza in camera di consiglio per la comparizione delle parti¹⁴⁰ e del giudice delegato e dispone gli ulteriori adempimenti previsti dalla legge.

¹³⁷ Di "improcedibilità" parlano G. LO CASCIO, *op.cit.*, 1567, F.S. FILOCAMO, *Commento sub art 179 l. fall.*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di Ferro, Padova, 2008, 340.

¹³⁸ Contrariamente A. DIDONE, *le riforme delle procedure concorsuali*, *cit.*, ritiene che la mancata approvazione da parte dei creditori sia causa di revoca del concordato, con conseguente applicazione del procedimento di cui all'art 173 l. fall.

¹³⁹ A. DIDONE, *ivi*, p.1823

¹⁴⁰ I protagonisti del processo, o meglio i "litisconsorzi necessari", sono: il debitore, il commissario giudiziale e la collettività dei creditori; litisconsorzi facoltativi sono il pubblico ministero, i creditori che si oppongono o i terzi che hanno un interesse contrario all'omologazione, nonché quei creditori che si costituiscono al sol fine di modificare il proprio voto a seguito del mutamento delle circostanze di fattibilità del piano di concordato.

Il decreto è pubblicato nel registro delle imprese e va comunicato al debitore affinché questi provveda a notificarlo al commissario giudiziale e ai creditori dissenzienti, cioè coloro che potrebbero essere interessati a proporre opposizione.

Ai sensi dell'art. 180, comma 2 l. fall. nel termine di costituzione delle parti (cioè dieci giorni prima l'adunanza) il commissario giudiziale deve depositare il proprio parere motivato. Si tratta di un vero e proprio obbligo, la cui omissione viene sanzionata con la revoca della nomina per grave negligenza. Tale documento ha un'importanza vitale per la decisione del tribunale, infatti questo costituisce un presidio informativo per l'espletamento dei compiti accertativi e valutativi di cui è investito l'organo giurisdizionale¹⁴¹.

Dopo il compimento degli adempimenti stabiliti dalla legge e la costituzione delle parti, il procedimento si snoda secondo le regole dei procedimenti in camera di consiglio (art. 737 c.c ss.).

L'art. 180 l. fall., se individua nei creditori dissenzienti gli unici legittimati al *cram down*¹⁴², dall'altro lato non individua espressamente i soggetti titolari della facoltà di opposizione. Oltre i creditori dissenzienti, devono ritenersi legittimati all'opposizione il commissario giudiziale e il pubblico ministero, la cui partecipazione a tutte le fasi del procedimento implica anche la legittimazione all'opposizione a tutela dell'interesse pubblico.

Quanto alle modalità e ai tempi di proposizione dell'opposizione, è richiesto il deposito presso la cancelleria di una memoria di costituzione recante la manifestazione contraria all'omologazione, la quale deve essere motivata.

I soggetti legittimati possono far valere diverse censure, sicuramente quelle attinenti alla regolarità della procedura e all'esito della votazione. Censure che rientrano comunque nel sindacato d'ufficio del tribunale ai sensi dell'art. 180, comma 3, l. fall. E' altrettanto pacifico che in sede di opposizione possano farsi valere la "non convenienza" della proposta concordataria, estendendo il giudizio del tribunale anche a questione di merito

¹⁴¹ Si veda Trib. Vicenza, 4.07.2008, in Fallimento, 2009, p.368 "il parere del commissario giudiziale ha lo scopo di informare il tribunale, a prescindere dalla presentazione di specifiche opposizioni od eccezioni, non solo in relazione all'eventuale compimento di atti in frode o di atti non autorizzati del debitore, ma su tutti gli aspetti che possono assumere rilevanza ai fini dell'omologazione del concordato preventivo"

¹⁴² Ovvero la sottoposizione al tribunale circa la convenienza del piano e della proposta di concordato. Vd par. 2.10.

prima precluse. Si ritiene, infine, che in sede di omologazione possono farsi valere tutte quelle circostanze che possono determinare la revoca del concordato ai sensi dell'art. 173 l. fall.¹⁴³.

II.10.1. Il sindacato del tribunale

Un profilo che ha generato diverse problematiche interessa l'individuazione del contenuto e dei limiti del sindacato del tribunale in sede di omologazione del tribunale.

Il dibattito verte sulla possibilità dell'organo giurisdizionale di valutare la fattibilità del piano.

E' noto che prima dell'arresto delle Sezioni Unite del 2013, sussistevano, per l'appunto, due opposti orientamenti giurisprudenziali e dottrinali ed un terzo di matrice esclusivamente dottrinale, che vale la pena ripercorrere.

Secondo un primo orientamento¹⁴⁴ (che si riscontra, per lo più, nella giurisprudenza di merito) il sindacato sulla fattibilità rientra tra i controlli di regolarità e legittimità della proposta che vengono compiuti d'ufficio dal tribunale in tutte le fasi della procedura, ivi inclusa quella del giudizio di omologazione.

Il controllo avviene in via officiosa, attraverso le risultanze dell'attestazione e, soprattutto, della relazione del commissario giudiziale art. 172 l. fall. e non deve essere confuso con il giudizio sulla convenienza che spetta esclusivamente al ceto creditorio (salvo che in caso di c.d. *cram down*): il tribunale si limita a controllare che l'oggetto dell'accordo proposto dal debitore ai creditori sia astrattamente possibile.

A fondamento di questo orientamento viene adotto quale argomentazione che la fattibilità è una condizione di ammissibilità della proposta, oggetto di attestazione necessaria e pertanto deve essere necessariamente verificata dal tribunale nel corso dell'intera procedura.

Secondo un secondo orientamento¹⁴⁵ (che si riscontra, per lo più, nella giurisprudenza di legittimità), la fattibilità esula dal controllo (anche officioso) del tribunale in sede di omologazione. Gli argomenti a fondamento di questo orientamento sono i seguenti: la

¹⁴³ Vd. nota n. 88.

¹⁴⁴ così G.B. NARDECCHIA, "Nuova proposta di concordato, istanza di fallimento, e poteri del tribunale in sede di ammissione", in *Fall.*, 2011, 1457-1458; Corte d'Appello Aquila, 10 febbraio 2012; Corte d'Appello Bologna, 15 giugno 2009; Tribunale Perugia 6 novembre 2012.

¹⁴⁵ così, *ex multis*, Cass. 23 giugno 2011, n. 13817; Cass. 14 febbraio 2011, n. 3586.

fattibilità non farebbe parte delle condizioni di ammissibilità della proposta di concordato, e ciò troverebbe conferma anche nel disposto dell'art. 179, comma 2, l. fall. a norma del quale *“quando il commissario giudiziario rileva, dopo l'approvazione del concordato, che sono mutate le condizioni di fattibilità del piano, ne dà avviso ai creditori, i quali possono costituirsi nel giudizio di omologazione fino all'udienza di cui all'articolo 180 per modificare il voto”*; la valutazione sulla fattibilità del piano deve essere rimessa esclusivamente ai creditori ed il tribunale non può “intervenire” d'ufficio per mettere in discussione l'esito della votazione, salvo opposizione di uno dei creditori ovvero di mutamento delle condizioni di fattibilità in epoca successiva al voto. L'unico controllo di fattibilità che il tribunale è legittimato fare è quello in sede di ammissione della proposta di concordato, ma pur sempre “filtrato” attraverso il sindacato sulla relazione di attestazione dell'esperto.

Secondo un terzo orientamento¹⁴⁶, minoritario e di stampo esclusivamente dottrinale, l'ampiezza del sindacato del tribunale in sede di giudizio di omologazione varierebbe a seconda della presenza o meno di opposizioni. In particolare, nel primo caso, il tribunale sarebbe legittimato a svolgere un controllo di legittimità sostanziale sulla proposta, tra cui rientra anche la fattibilità del piano, laddove, invece, in assenza di opposizioni all'omologazione, il controllo del tribunale dovrebbe essere limitato alle sole condizioni di legittimità formali.

Intervenendo su questo dibattito la pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite n. 1521/2013 ha operato, come noto, una distinzione tra la fattibilità giuridica, di competenza del tribunale, la quale concerne la compatibilità tra le modalità attuative del concordato e le norme inderogabili di legge e la fattibilità economica, che attiene agli aspetti economici della proposta e riguarda sia la prognosi circa la ragionevole possibilità che la stessa abbia esito positivo, sia il giudizio di convenienza ed è rimessa alla valutazione del ceto creditorio. Con riferimento a quest'ultima, la Suprema Corte ha affermato che *«il tribunale non può sovrapporre il proprio giudizio a quello, insindacabile in materia, espresso dai creditori»*.

Quest'ultimo giudizio, come noto, è di competenza del tribunale esclusivamente nell'ipotesi di c.d. “*cram down*”, ovvero sia quando un creditore appartenente ad una

¹⁴⁶ E. NORELLI, “Il giudizio di omologazione nel concordato preventivo”, in R.es.f., 2008, p.331

classe dissenziente, ovvero in caso di concordato senza classi, i creditori dissenzienti che rappresentano il 20% dei crediti ammessi al voto contestano la convenienza della proposta; in tale caso il tribunale, a norma dell'art. 180, comma 4, l. fall. deve svolgere una valutazione anche sul profilo di "convenienza" della procedura concordataria rispetto ad un'eventuale alternativa fallimentare e procede ad omologare se ritiene che tale procedura sia più soddisfacente rispetto alle altre¹⁴⁷.

II.10.2. Decreto di omologazione e impugnazioni

Il giudizio di omologazione si conclude con un decreto motivato di omologare avente ad oggetto alternativamente:

l'omologazione del concordato;

il diniego di omologazione;

la revoca dell'ammissione alla procedura di concordato ai sensi dell'art. 173 l. fall.

Il decreto deve essere adeguatamente motivato dovendo tener in considerazione le valutazioni svolte dal tribunale e le risultanze dei mezzi di prova e non può prescindere dalle opposizioni, motivando il caso di eventuale diniego delle medesime¹⁴⁸.

Il decreto è comunicato al debitore e al commissario giudiziale ed è pubblicato a norma dell'art. 17 l. fall. Per quanto riguarda l'efficacia, occorre sottolineare che si ritrova un diverso trattamento nel caso in cui siano state promosse o meno opposizioni: ove non siano state promosse, il decreto è definitivo in quanto non è soggetto a gravame ed acquista efficacia immediata dal momento del deposito in cancelleria; ove siano sollevate opposizioni, il decreto è provvisoriamente esecutivo, in quanto può essere soggetto a reclamo.

Si discute circa la possibilità per il tribunale se, pur sussistendo le condizioni per l'omologare, possa integrare la proposta e/o il piano concordatario.

La questione risulta essere controversa: la giurisprudenza di legittimità¹⁴⁹ ha sancito la facoltà per l'organo giurisdizionale di modificare o integrare le modalità di esecuzione, altrimenti si codificherebbero delle modalità di esecuzione *contra legem*.

¹⁴⁷ C. RAVINA, "Omologazione della proposta di concordato", in *Il Fallimentarista*, 19.05.2020.

¹⁴⁸ A. AUDINO, "Art 180. L.fall.", in *Commentario breve alla legge fallimentare*, a cura di Maffei Alberto, 6 edizione, Padova, 2013, p.1200.

¹⁴⁹ Cass. 15.07.2011, n.15699, in *Giust. Civ.*, 2012, 9, I, 2020.

Secondo un altro orientamento il tribunale interviene su un pacchetto preconfezionato¹⁵⁰, con possibilità esclusiva di omologare o meno il concordato senza poter intervenire modificandolo: per cui il decreto avrebbe un contenuto vincolato.

Il decreto di omologa e il provvedimento che nega l'omologazione è impugnabile con reclamo ai sensi dell'art. 183 l. fall. davanti alla Corte d'Appello territorialmente competente. Con lo stesso reclamo è possibile contestare la sentenza dichiarativa di fallimento emessa, in caso di rigetto dell'omologazione ai sensi del settimo comma dell'art. 180.

Tenendo in considerazione l'art. 180 comma 3, l. fall. si sancisce l'esclusione del reclamo contro il decreto che omologa il concordato ove non siano state sollevate opposizioni, pertanto, ove queste manchino può essere proposto soltanto ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost., trattandosi di un provvedimento definitivo che incide sui diritti dei creditori riducendone il soddisfacimento¹⁵¹.

II.10.3. La pluralità di effetti del decreto di omologazione

Il decreto di omologazione produce una serie di effetti nei confronti del debitore, dei creditori e dei terzi.

Per quanto concerne la posizione del debitore:

- cessano per questo tutte le limitazioni ai poteri dispositivi, salvo quelle imposte dall'esecuzione del concordato; viene meno per il debitore l'ingerenza degli organi della procedura circa il compimento di atti di straordinaria amministrazione art. 167 l. fall.;
- il debitore acquista il diritto di estinguere le obbligazioni secondo quanto approvato dal piano omologato.

Gli effetti per i creditori sono disciplinati dall'art. 184 l. fall secondo cui «*il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso di cui all'art. 161 l. fall.*». Quindi, sulla base della norma qui in commento, nel caso in cui il concordato venga omologato, tutti i "creditori anteriori" alla

¹⁵⁰ M. FABIANI, "Concordato preventivo per cessione dei beni e predeterminazione delle modalità della liquidazione", in *Fallimento*, 2010, p.596.

¹⁵¹ Cass., sentenza del 15 luglio 2011, n. 15699

data di tale pubblicazione, anche nel caso in cui non si fossero pronunciati sulla proposta del debitore o si fossero espressi con un voto contrario, sono obbligati a sottostare a quanto prevede il piano.

Si tratta di quello che, tradizionalmente, era stato definito il c.d. effetto esdebitatorio del concordato.

*“Tuttavia, oggi che il piano concordatario può avere anche un contenuto diverso dalla mera riduzione dei crediti, si ritiene che parlare di "effetto esdebitatorio" sia improprio, soprattutto avuto riguardo a quei concordati che, in concreto, prevedono una mera dilazione o altre forme di soddisfazione dei creditori diverse da un mero stralcio in termini monetari”*¹⁵².

Ulteriore effetto del decreto di omologazione è la possibilità per i creditori concorsuali di proporre azioni cautelari ed esecutive nei confronti dell'imprenditore nel rispetto dei termini e delle condizioni del piano e della proposta di concordato, pur restando operante la possibilità di agire nei confronti dei coobbligati, fideiussori del debitore e obbligati in via di regresso.

L'art. 184, comma 2 l. fall. disciplina l'ipotesi di omologa del concordato di una società con soci illimitatamente responsabili, stabilendo che, salvo pattuizione contraria, gli effetti del concordato omologato si producono anche nei confronti dei predetti soci. Questi beneficeranno dell'effetto esdebitatorio rispetto ai debiti connessi allo status di socio, non operando tale beneficio nei confronti dei creditori particolari.

II.11. Esecuzione del concordato. La fase di chiusura

L'iscrizione del decreto di omologa nel registro delle imprese assicura la conoscenza dell'intervenuta chiusura della procedura concordataria¹⁵³ e il venir meno delle limitazioni poste alla capacità gestoria dell'imprenditore dagli artt. 161, comma 7 e 167 l.

¹⁵² B. QUATRARO E B. BURCHI, *“Gli effetti del concordato preventivo per i creditori”*, in *www.ilnuovodirittodellesocietà*, 5.10.2016, p. 7 ss.

¹⁵³ La giurisprudenza afferma che l'esecuzione del concordato preventivo non costituisce una fase della procedura di concordato preventivo, in senso proprio, posto che, come si ricava dalla stessa previsione normativa dell'art. 181 l. fall., la procedura s'inizia con il deposito del ricorso e si conclude con il decreto di omologazione (Trib. Pistoia 31 marzo 2010, in *www.ilcaso.it*, pubb. 3 agosto 2010). Pertanto, il tempo dell'esecuzione del concordato non va computato ai fini della disciplina in tema di ragionevole durata del processo, perché dovrebbe escludersene la stessa natura giudiziaria (Cass. 8 maggio 2012, n. 7021, in *Mass. Giust. civ.*, 2012, 576).

fall.¹⁵⁴. Pertanto, si apre la fase di esecuzione del concordato con la quale vengono posti in essere gli atti e i negozi necessari per adempiere agli impegni assunti dal debitore con il concordato.

Durante tale fase non vengono riconosciuti poteri giurisdizionali né per il giudice delegato né per il tribunale, ma a quest'ultimo la novella¹⁵⁵ attribuisce la possibilità di revocare l'organo amministrativo, se si tratta di società, e nominare un amministratore giudiziario, stabilendo la durata del suo incarico e attribuendogli ogni potere necessario per dare attuazione alla suddetta proposta, ivi inclusa la possibilità di convocare l'assemblea straordinaria ove la proposta preveda un aumento di capitale.

Al giudice delegato vengono rimesse funzioni che attengono all'esecuzione materiale del concordato, al pari di un giudice dell'esecuzione nell'espropriazione forzata.

Al commissario giudiziale è affidato l'incarico di sorvegliare l'adempimento del concordato, anche se non gli viene riconosciuta una legittimazione attiva circa l'azione di risoluzione del concordato. Il commissario è tenuto ad informare i creditori circa l'evoluzione dell'esecuzione del concordato e tale controllo risulta essere particolarmente delicato in caso di concordato con continuità, visto il possibile rischio di dispersione del patrimonio del debitore quale garanzia dei creditori anteriori.

Qualora il commissario rilevi la mancata esecuzione degli atti relativi alla proposta o un ritardo nel compimento, ne dà immediata comunicazione al tribunale, il quale sentito il debitore, può attribuirgli i poteri necessari per provvedervi il luogo dell'imprenditore.

Nota precisare che l'esecuzione del concordato è fortemente differenziata a seconda del contenuto della proposta e in ragione di questo mutano anche le competenze degli organi della procedura. Ove si tratta di un concordato con cessione dei beni¹⁵⁶ viene previsto l'intervento di un organo ulteriore, il liquidatore¹⁵⁷, il quale può essere indicato dal

¹⁵⁴ Trib. Trento, Decreto di rigetto n. cronol. 36/2017 del 13/04/2017 RG n. 5586/2016.

¹⁵⁵ Art. 185, comma 6°, l. fall.

¹⁵⁶ Come messo in luce da R, AMATORE-J. JEANTET, op.cit., p. 198, :“la cessione dei beni si è trasformata da schema rigidamente liquidatorio a mera modalità attuativa della proposta formulata, che finisce per rivelarsi, un contenitore che può essere riempito in modi diversi (...) il concordato con cessione dei beni può avere finalità liquidatorie, ma anche essere utilizzato come strumento di risanamento che, attraverso la cessione dei rami di azienda improduttivi, può consentire al debitore di continuare la sua attività con i beni residui, magari ristrutturandola.”

¹⁵⁷ È fuori discussione che le figure del curatore fallimentare e del liquidatore giudiziale del concordato preventivo non sono in alcun modo assimilabili, stante la radicale diversità delle attribuzioni e dei poteri

debitore o altrimenti viene nominato dal tribunale, al quale si affianca il comitato dei creditori¹⁵⁸.

Il liquidatore è onerato di una pluralità di adempimenti: deve redigere il programma di liquidazione; presentare rendiconti semestrali anche relativamente alle attività svolte; provvedere ai pagamenti solo previa predisposizione di piani di riparto da sottoporre in via anticipata al parere del comitato dei creditori e del commissario giudiziale; all'esito della liquidazione, rendere il conto finale della gestione a norma del combinato disposto degli artt. 38 e 116 l. fall., deve cioè in termini generali, fare applicazione sia delle previsioni del piano, sia delle prescrizioni impartite dal decreto di omologazione, nel rispetto dei principi generali e delle norme imperative che regolano la gestione di patrimoni altrui. La liquidazione consiste nella conversione dei beni del debitore al fine di ripartirli tra i creditori secondo le indicazioni contenute nella proposta e nel piano: per quanto riguarda le operazioni di vendita si ha applicazione dell'art 107 l. fall. ovvero secondo delle modalità competitive.

Il concordato con cessione dei beni con finalità meramente liquidatorie, alla luce della riforma Rordorf, che verrà analizzata nel proseguo della trattazione, sarà destinato a scomparire per evitare la duplicazione di procedure liquidatorie, funzione ampiamente svolta dalla procedura di liquidazione giudiziale.

La mancanza di una disciplina specifica sulla chiusura della procedura impone che il provvedimento con il quale il giudice accerta l'esecuzione degli organi concordatari abbia carattere amministrativo e non giurisdizionale, e non preclude né la risoluzione né la circostanza che possano proseguire i giudizi di accertamento sui crediti.

II.12. Risoluzione e annullamento del concordato

Il presupposto della risoluzione del concordato è l'inadempimento del debitore agli obblighi previsti dalla proposta e dal piano, ma necessario è che l'inadempimento sia

loro assegnati dalla legge (cfr. Cass. 8 maggio 2013, n. 10724, cit., che sottolinea la differenza tra i due organi, anche per quanto attiene alla legittimazione processuale, che il debitore conserva nel concordato preventivo).

¹⁵⁸ Si tratta dell'altro organo che provvede alla liquidazione. E' costituito da 3 a 5 membri, nominati dal tribunale con il decreto di omologazione. Il comitato ha il compito di: 1) svolgere attività consultiva tramite pareri; 2) vigila sulla liquidazione mediante poteri di ispezione; 3) dirige la liquidazione attraverso il rilascio di autorizzazioni ai sensi dell'art. 182, 4° comma, l. fall.

rilevante ovvero come recita l'art 186 comma 2°, 1. fall. «*il concordato non si può risolvere se l'inadempimento ha scarsa importanza* 159». Il parametro che viene seguito circa la valutazione della violazione del debitore è quello, condiviso dalla dottrina maggioritaria, che ancora l'importanza dell'adempimento rispetto al complesso delle obbligazioni assunte dall'imprenditore con il concordato. Anche il ritardo nell'adempimento può essere presupposto per l'azione di risoluzione in quanto il piano indica non solo le modalità ma anche i tempi di adempimento della proposta. I soggetti legittimati a promuovere tali azioni sono esclusivamente i creditori entro il termine di un anno dall'ultimo adempimento. Il procedimento inizia con il ricorso depositato dai medesimi contenente la descrizione delle circostanze relative all'inadempimento; può concludersi o con la risoluzione del concordato, pronunciata con sentenza dal tribunale, o con rigetto del ricorso che viene pronunciato con decreto, contro cui è possibile esperire reclamo ai sensi dell'art 18 l. fall.

E' opportuno evidenziare una differenza significativa con il concordato fallimentare, la cui risoluzione ai sensi dell'art 137 l. fall. determina la riapertura della procedura di fallimento, automatismo che è venuto meno per il concordato preventivo, per cui si necessita ai fini della dichiarazione di fallimento di un'apposita istanza dei creditori o del pubblico ministero.

L'annullamento del concordato preventivo è disciplinato dall'ult. comma dell'art. 186 l. fall., mediante un semplice rinvio all'art 138. l. fall. nei limiti della compatibilità, con la precisione che al curatore fallimentare viene sostituito il commissario giudiziale.

Il presupposto dell'azione di annullamento del concordato omologato può consistere nella scoperta di un comportamento doloso del debitore, che può consistere:

- nell'aver esagerato il passivo;
- nell'aver sottratto una parte dell'attivo;
- nell'aver dissimulato una parte rilevante dell'attivo.

La legittimazione a proporre l'azione spetta ai creditori e al commissario giudiziale entro il duplice termine decadenziale di sei mesi dalla scoperta del comportamento fraudolento del debitore, e di due anni successivi al termine per il compimento dell'ultimo

¹⁵⁹ Tale precisazione non risulta essere sussistente per il concordato fallimentare, a cui l'art 186 rimanda, la cui risoluzione si verifica indipendentemente dall'entità dell'inadempimento.

adempimento previsto dalla proposta di concordato. Al pari della risoluzione del concordato, l'annullamento non comporta l'automatica dichiarazione di fallimento del debitore.

Capitolo 2: Pronunce giurisprudenziali

2.1. Introduzione al problema dell'“abuso del concordato”

È noto che la riforma del diritto fallimentare degli anni 2005/2006, concepita in un contesto storico di crescita economica, è stata imperniata sulla "privatizzazione" della disciplina della composizione della crisi d'impresa: il legislatore¹⁶⁰, suggestionato da esperienze d'oltreoceano, accentuava significativamente l'autonomia concessa al debitore nell'accesso alla procedura di concordato e nella formulazione della proposta, così ridimensionando sia il ruolo dell'autorità giudiziaria, sia i presidi di stampo pubblicistico che costellavano l'originaria disciplina dell'istituto del 1942 invece caratterizzata da notevole rigidità e da stringenti requisiti soggettivi di meritevolezza del debitore.¹⁶¹

Se le disposizioni sono rigide non c'è, infatti, spazio per l'abuso.

Gli effetti della grave crisi economico - finanziaria internazionale, avvertita sin dal 2008, hanno in fatto impedito alle soluzioni negoziate della crisi d'impresa di sortire gli esiti auspicati, finendo anzi col propiziarne l'uso distorto.

La tempestiva percezione dei segnali di allarme dagli organi amministrativi e di controllo della società e la loro capacità di identificare ed attuare prontamente gli interventi più efficaci alla cura dello stato di crisi lasciarono spazio al ricorso a tale procedura concordataria, da parte di imprenditori già decotti, il cui unico scopo era quello di poter ritardare una successiva dichiarazione di fallimento; se l'insolvenza è già conclamata, lo strumento di regolazione della stessa non potrà esser esclusivamente rimesso all'autonomia privata, emergendo l'esigenza di salvaguardare interessi metaindividuali che, in quanto tali, abbisognano di adeguati controlli giudiziali ¹⁶².

¹⁶⁰ Si è passati da un sistema nel quale le procedure concorsuali svolgevano una funzione prettamente esecutiva e, di conseguenza, erano assoggettate ad un controllo giudiziale di legittimità e di merito, ad uno in cui è al centro la negoziazione tra le parti per individuare una soluzione condivisa che, possibilmente, conduca al recupero dei valori aziendali.

¹⁶¹ La disciplina introdotta a partire dal 1942 era invece caratterizzata da notevole rigidità e da stringenti requisiti soggettivi di meritevolezza del debitore.

¹⁶² M. FABIANI, “Autonomia ed eteronomia nella risoluzione dei conflitti nel nuovo diritto concorsuale”, in Fall., 2008, p. 1098.

Questo esito – non scongiurato neppure dalla previsione di specifiche sanzioni penali applicabili allorché il dissesto patrimoniale, economico e finanziario dell’impresa sia stato aggravato dal ritardo nella presentazione del ricorso di fallimento- rese necessario l’intervento di una serie di correttivi, prima giurisprudenziali e poi legislativi¹⁶³.

«È stato allora inevitabile rispolverare le clausole generali al fine di sanzionare soluzioni negoziali della crisi manifestamente preordinate ad assicurare ingiustificati vantaggi al debitore ed a determinati creditori (sovente le banche e i grandi fornitori) al prezzo di sacrifici iniqui e sproporzionati a carico dei creditori più deboli e meno informati»¹⁶⁴.

Di qui il ricorso al divieto di abuso del diritto, non codificato nel nostro codice civile¹⁶⁵, giustificato dal convincimento che ben possano configurarsi, anche in questo contesto, fattispecie in cui occorre predicare l’inammissibilità di un esercizio del diritto del debitore in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è riconosciuto.

Il diritto vivente ha dunque tentato di recuperare quel ruolo imprescindibile di controllo dell’autorità giudiziaria, assai compresso dalla riforma del concordato preventivo del 2005/2006, secondo un ragionamento che può, nella sostanza, così sintetizzarsi: nel concordato preventivo la forza di legge all’accordo è conferita dal giudice, perciò chiamato a verificare la conformità della soluzione della crisi ai principi di correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.), di lealtà processuale e del giusto processo e, se del caso, a reprimere un utilizzo di tale strumento per finalità eccedenti o deviate rispetto a quelle per le quali il legislatore la ha concepita.

¹⁶³ Tra i provvedimenti legislativi più importanti, volti ad arginare l’uso abusivo del concordato preventivo e, più specificatamente del concordato in bianco, si ricorda il d.l. n. 69/2013, conv., con mod. dalla l. n. 98/2013, il quale ha adottato delle misure correttive volte a rafforzare i poteri di controllo del Tribunale nella fase del pre-concordato, rendendo più trasparente la gestione dell’impresa in tale delicato periodo interinale. Tra le novità introdotte, oltre all’obbligo del deposito in sede di ricorso con riserva dell’elenco dei creditori e alla fissazione di obblighi informativi mensili circa la conduzione aziendale, spicca il potere di nominare il commissario giudiziale. Si tratta di facoltà e non di un obbligo, per cui tale potere verrà esercitato dal tribunale nei casi più delicati, espressamente motivando le ragioni della nomina

¹⁶⁴ R. SANTAGATA, “Concordato preventivo “meramente dilatorio” e nuovo “Codice della crisi e dell’insolvenza”: verso il tramonto dell’abuso di diritto (o del processo)?”, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2/2019, p. 337 ss.

¹⁶⁵ L’esigenza di tutela della certezza del diritto, impedì che venne trasfusa nella stesura definitiva del codice civile italiano del 1942 quella norma del progetto preliminare (art.7) che proclamava, in termini generali, che *«nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto.»*

Con specifico riguardo alla fattispecie del concordato preventivo presentato a fini meramente dilatori – cui saranno dedicate le riflessioni che seguiranno –, l’illegittimità della condotta del debitore insolvente consiste nell’obiettivo di evitare gli effetti espropriativi del suo patrimonio tipici del fallimento, ritardandone la dichiarazione pur in assenza di qualsiasi prospettiva di migliore soddisfacimento dei creditori concorsuali. In tali casi, poiché il ricorso per concordato preventivo costituisce un mezzo processuale utilizzato dal debitore per ottenere gli effetti protettivi allo stesso connessi, la giurisprudenza di legittimità è ricorsa alla più specifica figura dell’abuso del processo, intendendosi per tale *«l’utilizzo di strumenti processuali al di là ed oltre i limiti della sua funzionalizzazione alle esigenze di tutela per cui l’ordinamento li appresta¹⁶⁶»*.

Inoltre, anche a livello sovranazionale è oggi avvertita l’esigenza di repressione dell’abuso delle procedure concordatarie a fini dilatori, come attestano le linee guida della Raccomandazione della Commissione UE 2014/135/UE del 12 marzo 2014, riprese e approfondite dalla Proposta di Direttiva¹⁶⁷ del Consiglio e del Parlamento Europeo n. 2016/359 formulata dalla Commissione Europea e finalizzata ad armonizzare le normative nazionali in tema di insolvenza e di ristrutturazioni aziendali.

Ma altrettanto evidenti sono tuttavia le gravi perplessità suscitate dal troppo frequente ricorso della giurisprudenza, anche nella sua più autorevole composizione, a tale clausola generale dell’abuso del processo/diritto: il suo ancoraggio a parametri assai generici dilata eccessivamente, infatti, la discrezionalità dei giudici nell’individuazione dei suoi estremi, così rimessa a valutazioni meramente soggettive con inevitabile pregiudizio della certezza del diritto.

Sulla base di tale esigenza è intervenuta una sentenza della Corte di Cassazione intesa a delineare una fattispecie in cui si può configurare un abuso di concordato.

¹⁶⁶ Così, ad es., Cass.civ. 26 settembre 2016, n. 18782.

¹⁶⁷ Un simile intervento normativo costituisce il più importante tassello di un percorso teso al ravvicinamento delle legislazioni domestiche in materia, percorso già iniziato in sede comunitaria con l’emanazione della Raccomandazione della Commissione Europea n. 2014/135/UE.

2.2 Caso applicato di abuso del concordato: Cass. Civ. Sez I, Sent., 14-02-2017, n. 3836.

2.2.1. Questioni di fatto

Con sentenza del 15 marzo 2013, il tribunale di Forlì ha dichiarato inammissibile l'istanza di ammissione al concordato preventivo avanzata dalla società debitrice (si tratta di una S.p.a) e ha dichiarato contestualmente la dichiarazione di fallimento.

Nella specie, la società a seguito della declaratoria di inammissibilità della prima proposta concordataria, aveva presentato una nuova proposta *ex art.* 161, comma 6, l. fall. con modifiche di carattere meramente formale e marginale, nonché recependo le valutazioni del commissario giudiziale.

La società aveva proceduto a sollevare reclamo ai sensi dell'art. 18 l. fall¹⁶⁸.

2.2.2. Svolgimento del processo: sentenza della Corte d'appello

Il reclamo da questa proposto veniva rigettato dalla Corte d'Appello di Bologna con sentenza dell'11 luglio 2013.

La Corte ha ritenuto che la sentenza di primo grado avesse analizzato correttamente le richieste di concordato e di fallimento secondo un esame congiunto e coordinato, in base a quanto stabilito dall'art. 162 l. fall: bisogna pertanto, valutare l'istanza di fallimento solo dopo aver verificato la sussistenza dei presupposti per l'ammissione al concordato.

Il giudice di merito si è basato su una concezione del rapporto tra le due procedure non più regolata secondo lo schema della pregiudizialità necessaria, ma secondo il fenomeno della consequenzialità eventuale del fallimento in caso di esito negativo del concordato.

Il tribunale di primo grado ha inoltre accordato la possibilità al debitore di poter presentare una nuova proposta da sottoporre al vaglio dell'organo giurisdizionale – ritenendo non ostativa a ciò la mancata delibazione di una causa d'inammissibilità della precedente proposta - purché questa contenga reali elementi di novità; in caso contrario si determina una dilazione della durata del procedimento e degli effetti prenotativi previsti dall'art. 168 l. fall., e un blocco delle iniziative per la dichiarazione di fallimento.

¹⁶⁸ Ai sensi dell'art. 18 l.fall.: Contro la sentenza che dichiara il fallimento può essere proposto reclamo dal debitore e da qualunque interessato con ricorso da depositarsi nella cancelleria della corte d'appello nel termine perentorio di trenta giorni.

Nel caso di specie il giudice ha qualificato la domanda di concordato come un'ipotesi di abuso del diritto, in quanto la nuova proposta presentava esclusivamente modifiche formali e marginali e aggiornava i dati precedentemente esposti, e in quanto si limitava a recepire le valutazioni contenute nella relazione del commissario giudiziale, e più specificatamente:

- Procedeva ad una riduzione dell'attivo e ad un aumento del passivo;
- Confermava l'offerta di definizione di tutte le passività pregresse con effetto esdebitatorio mediante la cessione di tutto il patrimonio societario;
- Riduceva la percentuale di soddisfazione dei creditori chirografari, suddividendoli in tre classi, senza introdurre nuovi contenuti a carattere giuridico e economico e senza elementi di novità rispetto ai rami di azienda concessi in affitto.

La Corte ha ritenuto insussistenti le novità introdotte nella nuova proposta le quali consistevano:

- in una mera offerta di acquisto di merci, rappresentando le stesse esclusivamente una valorizzazione delle rimanenze precedentemente esposte;
- nell'azzeramento del ruolo del liquidatore volontario e la sua rinuncia, in qualità di fideiussore, al regresso nei confronti della società, la quale aveva scarso rilievo economico, in mancanza di concreti beni aggredibili intestati al liquidatore.

Viene confermato nel giudizio di secondo grado la valutazione compiuta dal tribunale, escludendo che si trattasse di un giudizio sulla convenienza della proposta¹⁶⁹.

Inoltre, viene confermata la sussistenza dello stato di insolvenza: intesa quale incapacità di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni, la quale può essere dedotta anche da qualsiasi manifestazione esteriore; nel caso di specie viene individuata prevedendo la predisposizione di una proposta con offerta di pagamento di una sola percentuale di crediti, e un'eccedenza delle passività sulle attività.

Avverso la sentenza della Corte d'appello la società debitrice ha proposto ricorso per Cassazione, articolato in cinque motivi. Il curatore ha resistito con controricorso, mentre

¹⁶⁹ Come affermano i giudici di legittimità - la «fattibilità» non va confusa con la «convenienza» della proposta, quest'ultima certamente sottratta al sindacato del giudice e riservata all'apprezzamento dei creditori. «Fattibilità» significa, infatti, «prognosi circa la possibilità di realizzazione della proposta nei termini prospettati».

il Procuratore generale della Repubblica presso la Corte d'Appello di Bologna non ha svolto alcuna attività difensiva.

2.2.3. Motivazioni della parte e decisione della Cassazione

Con il primo motivo di impugnazione, la società debitrice denuncia «*la violazione e/o falsa applicazione della l. fall. agli artt. 162 e 168, nonché insufficiente e/o contraddittoria motivazione circa i fatti controversi e decisivi per il giudizio*», sostenendo che in pendenza della domanda di ammissione al concordato, l'istruttoria prefallimentare viene dichiarata improcedibile o viene sospesa. Tale opinione si basa sulla concezione di assimilabilità del fallimento ad un pignoramento collettivo, con applicabilità dell'art. 168 l. fall., mentre in caso di domanda di concordato, questa deve essere valutata preliminarmente rispetto alla procedura fallimentare.

Secondo la Suprema Corte il motivo è infondato.

La Corte territoriale ha escluso che la riproposizione della domanda di ammissione al concordato potesse comportare l'improcedibilità dell'istanza di fallimento o la sospensione del relativo procedimento.

Viene qui in rilievo un tema molto dibattuto in ambito del diritto concorsuale, ovvero il coordinamento tra la procedura di concordato e la dichiarazione di fallimento, che verrà analizzato nel proseguo della trattazione.

Il giudice ha proceduto nel caso di specie ad escludere il principio di prevenzione, cioè la subordinazione della pronuncia di fallimento al previo esaurimento della soluzione concordata della crisi d'impresa, in linea con quanto stabilito da una nota sentenza delle Sezioni Unite¹⁷⁰ che ha tracciato – a seguito della riformulazione dell'art. 160 l. fall. - i rapporti tra le due procedure come un fenomeno di consequenzialità che determina una mera esigenza di coordinamento.

La ricorrente contesta l'applicabilità di tale principio al caso di specie, rilevando che, a differenza del caso posto all'esame delle Sezioni Unite, la proposta di concordato non è stata avanzata nell'ambito di una procedura prefallimentare già iniziata, ma in via autonoma, e da ciò deriva l'applicabilità dell'art. 168, comma 1, l. fall., che vieta l'inizio o la prosecuzione delle azioni esecutive o cautelari sul patrimonio del debitore, dalla

¹⁷⁰ Cass., Sez. Un. 23 gennaio 2013, n.1521.

pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese fino al momento in cui il decreto omologato diviene definitivo.

A sostegno di tale tesi la società debitrice richiama un altro precedente di legittimità¹⁷¹, che ha analizzato in via marginale tale questione: la pronuncia fa riferimento ad un'istanza di regolamento della competenza avanzata nei confronti del provvedimento di sospensione della procedura prefallimentare promossa successivamente alla domanda di ammissione del concordato, la Corte investita della questione si è limitata a dichiarare inammissibile l'impugnazione, escludendo il ricorrere di un'ipotesi di sospensione *ex art.* 295 c.p.c.

La Corte di Cassazione con la pronuncia del 2017 ha rilevato fin da subito come la tesi prospettata dalla ricorrente sia inapplicabile in virtù dell'ostacolo riscontrato nell'art. 168 l. fall. il quale fa riferimento alle sole azioni esecutive e cautelari, tra le quali non rientra l'istanza di fallimento.

Poi, il giudice di legittimità fa un breve *excursus* circa i rapporti tra la procedura di fallimento e quella di concordato, è bene fin da subito evidenziare come una nota sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione abbia ribaltato completamente l'orientamento giurisprudenziale prevalente e abbia riaffermato il principio di prevenzione: tale per cui non è possibile escludere la legittimità di un'istanza di fallimento presentata nell'ambito della medesima procedura di concordato, a condizione che, come accaduto nella fattispecie in esame, la domanda di concordato sia valutata con precedenza rispetto a quella di fallimento.

Si è concluso che se la procedura non ha avuto esito negativo non è possibile proporre un autonomo procedimento fallimentare che si conclude con una dichiarazione di fallimento. Sia nel caso in cui l'istanza di fallimento sia stata proposta separatamente o all'interno di una procedura di concordato – come nel caso di specie, ove si è proceduto ad un esame congiunto delle domande secondo il dovuto ordine logico imposto dal *favor* che il legislatore accorda alla soluzione concordata della crisi - , le Sezioni Unite hanno confermato che la presentazione della domanda di concordato non sospende né rende improcedibile la procedura prefallimentare, la quale può essere istruita e rigettata, sebbene non è possibile pronunciare una sentenza di fallimento.

¹⁷¹ Cass. Sez. 6, 11 giugno 2013, n. 14684.

Per cui appare necessario valutare la domanda di concordato con precedenza rispetto a quella di fallimento.

Con il secondo motivo di ricorso la società debitrice deduce la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 162 l. fall., nonché insufficiente e/o contraddittoria motivazione circa i fatti controversi e decisivi per il giudizio, censurando la sentenza per aver dichiarato la proposta di concordato inammissibile, in contrasto con la valutazione compiuta a seguito della presentazione della domanda: siccome il giudizio di concessione del termine implica un giudizio di ammissibilità della proposta e, seppur nel caso è stata presentata un domanda di concordato in bianco, il tribunale poteva valutare il contenuto della proposta e quindi poteva già verificare se questa fosse stata « *espressione dolosa di una serie programmata di procedure concorsuali, volte a ritardare la dichiarazione di fallimento*», o si fosse risolta in una reiterazione di una proposta precedentemente presentata e non approvata.

La Corte parte dal presupposto che il tribunale nella concessione del termine previsto dall'art. 161, comma 6, della l. fall. non opera un potere discrezionale, ma prevede esclusivamente per il debitore la possibilità di godere di un lasso di tempo maggiore per la predisposizione del piano e della proposta di concordato. Se da un lato, al momento della presentazione della domanda di pre-concordato si producono automaticamente gli effetti di cui all'art. 168 l. fall.¹⁷², di cui il debitore può beneficiare, dall'altro lato il tribunale non procede ad un giudizio circa l'ammissibilità della proposta, né tanto meno può accertare una fattispecie di abuso di concordato: infatti tale giudizio presuppone necessariamente la conoscenza delle condizioni offerte dal debitore e delle modalità di realizzazione dell'accordo, e ciò può emergere solo dalla valutazione completa della proposta, che verrà depositata entro il termine massimo previsto dall'art. 161, comma 6 l. fall.

¹⁷² Ovvero di verifica il blocco delle azioni esecutive e/o cautelati intraprese dai creditori.

Con il terzo motivo la ricorrente lamenta la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 162 l. fall., degli artt. 1175¹⁷³,1322¹⁷⁴,1337¹⁷⁵ e 1375¹⁷⁶ c.c., e dell'art. 3 Cost¹⁷⁷. La parte debitrice sostiene che nel caso di specie non è possibile ipotizzare un'ipotesi di abuso del concordato, in quanto la riproposizione della domanda non ha come scopo quella di programmare una sequenza di procedure concorsuali, ma a causa di una bocciatura inattesa, si propone di regolare la crisi della società presentando elementi nuovi e diversi rispetto a quelli contenuti nella precedente, quali: la previsione di tempi più brevi per la liquidazione dell'attivo mobiliare, l'abbreviamento della gestione dell'azienda in regime di concordato, l'azzeramento del ruolo del liquidatore volontario, la suddivisione dei creditori chirografari ed una percentuale maggiore di soddisfacimento dei loro crediti, la rinuncia del fideiussore all'esercizio del regresso, la rinuncia dei professionisti al compenso che gli spetta per la redazione della proposta.

A sostegno di tale argomentazione la ricorrente ha inoltre sottolineato che la proposizione di una seconda domanda non ha previsto alcuna dilazione degli effetti protettivi, non essendo agganciata alla precedente domanda e recando un nuovo conteggio degli interessi passivi, e soprattutto non ha causato alcun pregiudizio ai creditori.

La parte sottolinea inoltre come non sussiste alcun vincolo previsto dal legislatore circa la riproposizione della domanda di ammissione al concordato salvo quanto previsto dagli artt. 161, comma 6¹⁷⁸ e art. 69-bis, comma 2 l. fall., adducendo perciò che il legislatore

¹⁷³ Art 1175 c.c: «Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza»

¹⁷⁴ Art 1322 c.c «Le parti possono liberamente determinare il contenuto del *contratto* nei limiti imposti dalla legge e dalle norme corporative. Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico».

¹⁷⁵ Art 1337 c.c: «Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto(1), devono comportarsi secondo buona fede»

¹⁷⁶ Art 1375 c.c : «Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede»

¹⁷⁷ Art 3 Cost: «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

E' compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese».

Nel caso di specie il riferimento a tale disposizione viene intesa secondo il principio di eguaglianza, sottolineandosi la proposizione di una proposta alternativa e diversa rispetto alla precedente.

¹⁷⁸ Si tratta della preclusione biennale di proposizione di una nuova domanda di concordato in bianco se nei due anni antecedenti non si è verificata l'ammissione alla procedura di concordato preventivo o l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti

ha senz'altro ipotizzato già in sede di formulazione della normativa un possibile abuso dello strumento in questione.

Con il quarto motivo la ricorrente denuncia la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 162 l. fall e dell'art. 1322 c.c, affermando che nell'escludere la diversità della seconda proposta rispetto a quella non approvata, la Corte non ha effettuato un giudizio circa la fattibilità giuridica del concordato ma sulla convenienza delle condizioni, sindacato rimesso esclusivamente ai creditori.

Secondo la parte benché la Corte ha errato circa tale valutazione, non ha comunque tenuto in considerazioni degli elementi¹⁷⁹ che dimostrano la vantaggiosità della nuova proposta. I predetti motivi analizzati congiuntamente dalla Corte, ritenendo connesse le questioni, sono ritenuti in parte infondati, in parte inammissibili.

La Corte conferma la valutazione effettuata dal giudice di merito che ha individuato nel caso di specie un uso strumentale del concordato, adducendo come argomentazione un principio sostenuto dalla Cassazione e precisato dalle Sezioni Unite¹⁸⁰ *«La domanda di concordato preventivo, sia esso ordinario o con riserva, presentata dal debitore non per regolare la crisi dell'impresa attraverso un accordo con i suoi creditori, ma con il palese scopo di differire la dichiarazione di fallimento, è inammissibile in quanto integra gli estremi di un abuso del processo, che ricorre quando, con violazione dei canoni generali di correttezza e buona fede e dei principi di lealtà processuale e del giusto processo, si utilizzano strumenti processuali per perseguire finalità eccedenti o deviate rispetto a quelle per le quali l'ordinamento li ha predisposti»*.

Come infatti stabilito dalle Sezioni Unite, l'art. 161 l. fall. individua solo delle cautele destinate ad operare dove il rischio di possibilità di un uso distorto è maggiore, senza però individuare specifiche ipotesi di abuso del concordato, che possono rinvenirsi, come sottolineato anche dalla predetta sentenza, nel caso di presentazione di una domanda con evidenti finalità dilatorie.

¹⁷⁹ La corte non ha rilevato le condizioni previste per la cessione dei rami di azienda, la modestia del compenso pattuito con il liquidatore giudiziale, il contenimento dei costi della liquidazione derivante dalla riduzione dei tempi, le difficoltà connesse all'esercizio di azioni revocatorie e di responsabilità nei confronti degli amministratori, sindaci e degli istituti bancari, il dimezzamento della spesa del liquidatore volontario e la rinuncia del fideiussore al regresso.

¹⁸⁰ Sentenza Sez. Un., 15 maggio 2015, n. 9935.

Inoltre, è stato evidenziato che l'indagine circa l'intento del debitore di piegare l'istituto del concordato a finalità eccedenti o deviate rispetto a quelle previste dall'ordinamento, è riservata al giudice di merito in quanto si traduce in un'indagine di fatto, giuridicamente esclusa dall'ambito di controllo della Cassazione. Il giudice di legittimità potrà esclusivamente censurare tale ipotesi nel caso in cui si traduce in un vizio della motivazione¹⁸¹, nei limiti in cui è deducibile come motivo di ricorso, ovvero nel caso in cui la motivazione manchi del tutto sotto l'aspetto grafico e materiale, oppure formalmente esista ma le argomentazioni su cui si basa sono svolte in modo talmente contraddittorio tale per cui predetto vizio emerge in modo immediato e diretto.

Un altro tema analizzato dal giudice di legittimità riguarda il sindacato di controllo effettuato dal tribunale ai fini dell'ammissione, dell'omologazione e della revoca della proposta: tale valutazione si configura esclusivamente in un giudizio «*in ordine alla compatibilità delle relative modalità di attuazione con norme inderogabili e con la causa concreta dell'accordo*». Come stabilito da tale sentenza, che richiama sul punto quanto affermato dalle Sezioni Unite¹⁸², resta precluso al giudice l'apprezzamento in ordine alle probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti, nonché la convenienza della proposta; pertanto il sindacato del giudice attiene esclusivamente la fattibilità giuridica della proposta.

La Corte di merito nel caso non ha effettuato alcun apprezzamento circa la realizzabilità delle condizioni offerte dalla società debitrice e la loro idoneità a superare le obiezioni opposte dai creditori che avevano rigettato una precedente proposta di concordato, ma il giudice ha esclusivamente operato un raffronto specifico tra i vari aspetti delle due proposte e ha ravvisato delle modifiche esclusivamente formali e marginali, date da un aggiornamento dei dati contabili e recependo le valutazioni del commissario giudiziale, peraltro, elemento decisivo sul punto, si tratta di condizioni già note ai creditori, unici soggetti legittimati ad accettare o meno la proposta prospettatagli dal debitore.

Con il quinto motivo la ricorrente deduce la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 5 e 162 della l. fall., censurando la sentenza impugnata nella parte in cui, ai fini

¹⁸¹ Per effetto della sostituzione dell'art. 360 c.p.c, comma 1, n.5 ad opera del D.L 22 giugno 2012, n.83, art. 54 convertito con modificazioni dalla L. 7 agosto 2012, n. 134.

¹⁸² Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n.1521

dell'accertamento dello stato di insolvenza, ha conferito rilievo all'avvenuta presentazione della proposta di concordato e alla differenza tra passività e le attività.

La parte argomenta tale rilievo affermando che lo stato di insolvenza rientra nella nozione più ampia dello stato di crisi, la quale essendo a fondamento dello strumento concordatario risulta essere un presupposto necessario per il superamento.

La società afferma che lo stato di insolvenza non può essere desunto meramente né dai dati contabili né da atti meramente interni: quali la relazione del commissario giudiziale o una proposta di concordato.

Il motivo è stato ritenuto dalla Cassazione in parte infondato, in parte inammissibile.

La Suprema corte procede prima dando una definizione dello stato di crisi - in cui vi rientra lo stato di insolvenza - inteso quale *«situazione di difficoltà economica o finanziaria, eventualmente transitoria e comunque superabile attraverso provvedimenti straordinari di riorganizzazione o ristrutturazione del debito»*.

La Cassazione ritiene insussistente il vizio di motivazione della valutazione effettuata dalla Corte di merito e dedotto dalla parte, che sollecita un nuovo apprezzamento dei fatti, giuridicamente precluso al giudice di legittimità; la sentenza impugnata, così come correttamente valutato, ritiene sussistente lo stato di insolvenza, deducendolo non soltanto dalla situazione di squilibrio patrimoniale in cui versa la società, ma anche dall'intenzione di pagare soltanto una percentuale dei debiti, così come evidenziato dalla proposta, messa in correlazione con l'impossibilità di accedere a nuove linee di credito, circostanza che emerge dalla relazione del commissario giudiziale e che è stata ammessa *in primis* dalla stessa società negli atti di causa.

2.2.4. Considerazioni

La Corte di Cassazione nel caso di specie delinea un'ipotesi di abuso di tale strumento ove venga presentato un concordato al solo fine dilatorio, secondo la disciplina fallimentare.

Per come sono stati fin qui tracciati i confini entro cui è effettivamente possibile fare ricorso all'istituto dell'abuso, esso quindi si configura come uno strumento finalizzato al miglioramento della qualità della procedura e non invece alla punizione del soggetto agente: cioè come un'aggiunta a quegli istituti già previsti e tipizzati dal legislatore per proteggere gli interessi in gioco.

Un problema che si è avvertito fin da subito, a causa dell'ampiezza delle clausole generali, è stato l'eccessiva discrezionalità in capo all'organo di giurisdizione in ordine all'individuazione di ipotesi di abuso dello strumento concordatario: in tal senso è intervenuta una recentissima ordinanza¹⁸³ della Corte di Cassazione che risulta essere innovativa sul tema in quanto, da un lato individua una serie di ipotesi concrete in cui l'abuso si configura, dall'altro stabilisce alcuni principi cardine in caso di concordato dilatorio.

2.3. Cass. Civ., Sez. I, 12 marzo 2020, n. 7118.: fattispecie di abuso del concordato

Il tema dell'abuso del concordato è stato ripreso e approfondito da una recentissima pronuncia della corte di Cassazione la quale fornisce un'interessante rassegna della più importante casistica in tema di abuso del diritto nelle procedure concordatarie, definendo tutti gli elementi discriminanti nell'accertamento delle condotte opportunistiche, tese a causare una dilazione dei tempi procedurali.

2.3.1. Questioni di fatto

Con sentenza n. 5/2016 il Tribunale di Salerno, una volta reputata inammissibile la domanda anticipata di concordato presentata *ex art.* 161, comma 6 l. fall. da una S.r.l., dichiarava il fallimento della medesima su istanza della Banca Monte dei Paschi Siena S.p.a., quale rappresentante di MPS Capital Services Banca per le imprese S.p.a.

2.3.2. Svolgimento del processo: sentenza della Corte d'appello

La Corte d'appello di Salerno, a seguito del reclamo presentato dalla s.r.l., condivideva gli argomenti già illustrati dal giudice di prime cure, il quale ha ravvisato gli estremi di un abuso del processo.

In particolare il collegio del reclamo evidenziava alcuni elementi che, analizzati congiuntamente, dimostravano l'utilizzo distorto dello strumento concordatario: la consapevolezza oggettiva non recente in capo alla compagine della gravità dello stato di crisi in cui versava, a riprova il giudice sottolineava la pesantissima esposizione debitoria (per complessivi otto milioni di Euro in privilegio e due milioni in chirografo), in correlazione con il rilevante squilibrio rispetto alle poste attive patrimoniali e finanziarie

¹⁸³ Cass. Civ., Sez. I, 12 marzo 2020, n. 7118.

e alla condizione del patrimonio immobiliare (gravato da pesi ipotecari e vincoli di godimento di lunga durata in favore di terzi). L'elemento decisivo ad orientare il giudizio della corte territoriale è rappresentato dal momento cronologico in cui è stata presentata la domanda anticipata di concordato, ovvero il venerdì precedente l'udienza prefallimentare, fissata per il lunedì della settimana dopo, allorché erano trascorsi circa tre mesi dall'avvio della procedura di fallimento.

L'esame sinergico di tali circostanze evidenziava, a parere del giudice di secondo grado, che la domanda, seppur rispettava i canonici termini di presentazione e alla quale era stata allegata la documentazione richiesta dalla legge, fosse finalizzata a un indebito prolungamento dei tempi per la dichiarazione di fallimento e pertanto, veniva dichiarata inammissibile e esimeva il giudice dalla concessione del termine per la presentazione di proposta, piano e relativa documentazione e imponeva il rigetto del reclamo.

La S.r.l. presenta ricorso in Cassazione per l'annullamento della sentenza pronunciata dalla Corte d'appello di Salerno, prospettando tre motivi di doglianza, ai quali ha resistito con controricorso Banca Monte dei Paschi Siena S.p.a. nella qualità di rappresentante di MPS Capital Services Banca per le imprese S.p.a. L'intimato fallimento della società debitrice non ha svolto difese.

La parte ricorrente ha depositato memoria ai sensi dell'art. 380-bis, comma 1, c.p.c.

2.3.3. Motivazioni della parte e decisione della Cassazione

Il primo motivo di ricorso denuncia, ai sensi dell'art. 360 c.p.c, comma 1, n.3, la violazione e falsa applicazione dell'art. 161, commi 6 e 10, e dell'art. 160, commi 1 e 3 l. fall., e artt. 2727 e 2729 c.c.: in tesi di parte ricorrente, la Corte d'appello avrebbe erroneamente individuato elementi inidonei a dimostrare il carattere abusivo dell'iniziativa concordataria, e, argomentando, la parte precisa che lo stato di insolvenza riscontrato costituiva un presupposto per l'accesso alla procedura e non la impediva, perché la domanda anticipata di concordato poteva essere presentata in ogni momento del procedimento per la dichiarazione di fallimento;

A parere del ricorrente in questo modo il collegio del reclamo «*avrebbe ritenuto in maniera apodittica che lo strumento concorsuale utilizzato non presentasse il dato causale funzionale alla soluzione della crisi dell'impresa perché abusivo*», seppur non avrebbe dovuto presentare le allegazioni previste in caso di domanda di concordato

ordinaria e malgrado lo stesso fosse finalizzato a richiedere la mera concessione uno *spatium deliberandi* onde poter predisporre la documentazione mancante.

Il secondo motivo di ricorso lamenta, *ex art. 360, commi 1, n.3 c.p.c.*, la violazione degli artt. 161, comma 6, artt. 99 e 100 c.p.c, art. 2907 c.c, artt. 24 e 11 Cost: la Corte d'appello, nel ravvisare gli estremi dell'abuso del diritto, avrebbe violato non solo il disposto dell'art. 161, comma 6 l. fall., il quale ammette la proposizione di una domanda in bianco con successiva allegazione della proposta e del piano, ma anche il diritto ad agire del debitore, malgrado questi avesse presentato una domanda riconosciuta come ammissibile e completa dei necessari documenti di suffragio, disconoscendo il diritto del debitore a poter accedere ad una procedura di risoluzione della crisi alternativa al fallimento; a fronte dell'esercizio di un simile diritto il tribunale, invece, avrebbe dovuto accedere all'istanza riservandosi i poteri di controllo solo nel prosieguo del giudizio.

Il terzo motivo di ricorso prospetta la violazione degli artt. 112,39,48,273,274 e 275 c.p., art. 15 e 160 e art. 161 comma 6, art. 162 e 173 l. fall., nonché l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio oggetto di discussione fra le parti: la Corte d'appello, in violazione del principio di necessaria corrispondenza fra chiesto e pronunciato, avrebbe omesso di provvedere sulle questioni sollevate con l'atto di reclamo relative al carattere non discrezionale dell'assegnazione del termine per la presentazione della proposta di concordato a seguito del deposito di una domanda in bianco.

Le doglianze proposte, da esaminare congiuntamente in ragione della loro stretta connessione e parziale sovrapposibilità, sono fondate, e verranno di seguito analizzate e illustrate.

In un primo momento la Corte ribadisce il principio stabilito nel caso di specie summenzionato, affermando che *«anche in sede concordataria integra gli estremi dell'abuso del processo la condotta di chi, con violazione dei canoni generali di correttezza e buona fede e dei principi di lealtà processuale e del giusto processo, utilizzi strumenti processuali per perseguire finalità eccedenti o deviate rispetto a quelle per le quali l'ordinamento li ha predisposti. In particolare, in questo peculiare ambito procedurale i termini dell'abuso sono ravvisabili allorquando lo scopo perseguito nel concreto dal debitore non è quello di regolare la crisi dell'impresa attraverso un accordo con i suoi creditori, ma quello di differire la dichiarazione di fallimento.»*

Preliminarmente il giudice richiama le clausole generali di correttezza e buona fede, ma in un secondo momento, individua dei casi specifici in cui si verifica un uso distorto del concordato: questa si pone quale pronuncia guida sul tema e assolve la funzione di limitare, in fatto, la discrezionalità dei giudici di merito, a cui, come precedentemente detto, spetta tale sindacato.

I casi individuati sono:

- Ove il debitore, nonostante la possibilità concessagli di integrare e modificare la proposta concordataria iniziale, abbia depositato una seconda domanda di concordato dopo la deliberazione della sentenza dichiarativa di fallimento, ma prima della sua pubblicazione¹⁸⁴;
- Oppure nell'ipotesi di riproposizione, pochi giorni dopo la risoluzione del concordato inizialmente omologato ma rimasto inadempito, di un'ulteriore domanda di concordato, priva di ogni elemento di novità ¹⁸⁵;
- Ed ancora ove la proponente abbia rinunciato a una prima proposta di concordato per presentarne un'altra dopo il trasferimento della sede legale all'estero e in presenza di talune istanze di fallimento¹⁸⁶;
- Quando l'imprenditore, a seguito della declaratoria di inammissibilità di una prima proposta concordataria, abbia presentato una nuova proposta *ex art. 161, comma 6 l. fall.*, con modifiche di carattere meramente formale e marginale¹⁸⁷.

In presenza di finalità distorte di differimento piuttosto che di regolazione della crisi, la proposta di concordato si deve perciò considerare inammissibile, perché integrante gli estremi dell'abuso del processo.

La Cassazione decidendo sul caso di specie, pone l'attenzione al caso in cui si può verificare un possibile uso dilatorio di una domanda di concordato in bianco presentata in pendenza di un'istanza di fallimento.

La Sezione Civile statuisce che il giudice può senza dubbio rilevare fin da subito l'uso abusivo del concordato, in quanto non si impone alcun obbligo in capo al tribunale, di

¹⁸⁴ Cass. 30539/2018;

¹⁸⁵ Cass. 25210/2018;

¹⁸⁶ Cass. 5677/2017;

¹⁸⁷ Cass. 3836/2017, trattasi della sentenza precedentemente esaminata.

concedere un termine ai sensi dell'art. 161, commi 6 e 10¹⁸⁸, l. fall. ove si ravvisi tale uso illecito.

Poi il giudice di legittimità analizza se l'aspetto cronologico con cui l'iniziativa processuale sia assunta possa valere a individuare un abuso del diritto e statuisce il secondo fondamentale principio: *«Nessun significato in questi termini può essere attribuito alla mera presentazione della richiesta di concessione di un termine ex art. 161, comma 6 e 10, l. fall., ove si consideri che la domanda anticipata di concordato sia consistente proprio nell'attribuzione di una scadenza per il completamento del corredo concordatario e implichi, per sua natura, un differimento del procedimento prefallimentare, i cui effetti dilatori sono neutralizzati dal fenomeno di consecuzione delle procedure concorsuali».*

Per cui da tale principio discende l'assunto secondo cui la mera richiesta di concessione del termine in parola è, quindi, un fatto neutro e inoltre non rileva la consapevolezza della situazione di dissesto, la consistenza di quest'ultimo e la pendenza di un'istanza di fallimento, ove si consideri, da un lato, che la situazione di crisi, costituisca il presupposto indefettibile della procedura concordataria, e, dall'altro, che la pendenza di un procedimento per la dichiarazione di fallimento non impedisca la presentazione della domanda di concordato bianco, ma limiti unicamente il termine concedibile per la predisposizione di proposta, piano e relativa documentazione.

In ordine all'accertamento del fattore cronologico di presentazione di una domanda all'ultimo momento utile, se da un lato ciò può suscitare, innegabilmente, maggiore sospetto sull'utilizzo dilatorio dello strumento teso a ritardare la dichiarazione di fallimento, la Corte ha stabilito però che tale ipotesi rimane una prerogativa del debitore, legittimamente concessa dall'ordinamento, il quale *«ben può risolversi, anche all'ultimo minuto, a tentare una soluzione della propria crisi, piuttosto che rassegnarsi a una dichiarazione di insolvenza».*

Per cui il giudice ha stabilito quale terzo principio che ove venga introdotta una domanda di concordato ai sensi dell'art. 161, comma 10, l. fall. ovvero in pendenza dell'istruttoria

¹⁸⁸ Art. 161, comma 10, l. fall.: "Fermo quanto disposto dall'articolo 22, comma 1, quando pende il procedimento per la dichiarazione di fallimento il termine di cui al sesto comma è di sessanta giorni, prorogabili, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni."

prefallimentare, accompagnata da tutti gli allegati prescritti dalla legge e nel rispetto dei termini previsti, è necessario provare e allegare altri elementi atti a rappresentare in termini abusivi il quadro d'insieme in cui l'iniziativa è stata assunta.

La sentenza impugnata non ha fatto corretta applicazione di questi principi.

La decisione, pur ritenendo possibile a favore del richiedente l'assegnazione del termine non discrezionale di sessanta giorni per la presentazione della proposta di concordato solo nel caso in cui venga escluso un utilizzo distorto dello strumento processuale, applica falsamente la medesima regola, ritenendo erroneamente che la fattispecie concreta posta al suo esame integri un'ipotesi di abuso del preconcordato.

La sentenza impugnata andrà dunque cassata, con rinvio della causa alla corte distrettuale, la quale, dovrà attenersi ai principi sopra illustrati.

2.4. Rapporto concordato preventivo e fallimento

Si innesta in ordine all'analisi del tema dell'abuso del concordato un argomento che ha rappresentato il terreno di maggiore frizione tra le contrapposte esigenze di difesa delle sfere giuridiche rispettivamente riconducibili ai creditori e al debitore imprenditore: l'analisi dei rapporti di natura processuale e sostanziale tra la domanda di fallimento e la domanda di accesso alla procedura pattizia di soluzione della crisi d'impresa.

In via di prima approssimazione, potrebbe ritenersi che già nel *nomen* dell'istituto concordatario sia rintracciabile la soluzione alla problematica questione su quale procedura, tra il concordato preventivo ed il fallimento, debba prevalere, «*giacché nel concetto di "preventivo" riferito al concordato dovrebbe ritenersi implicita la necessità che il giudice fallimentare decida preventivamente la domanda di ammissione e di omologazione della proposta concordatizia avanzata dal debitore rispetto alla domanda di fallimento*¹⁸⁹».

Peraltro, rappresenta un tema di strettissima attualità nell'esperienza giudiziaria nostrana, e ciò a maggior ragione oggi, dopo l'introduzione, ad opera della L. 7 agosto 2012, n.134, della possibilità di presentare una domanda di concordato "in bianco", ai sensi dell'art. 161, comma 6, l. fall., con i medesimi effetti protettivi, estesi anche alle azioni cautelari che l'art 168 l. fall. riconduceva in precedenza alla domanda di concordato "piena", e che consentono di evitare quell'aggressione al patrimonio del debitore.

¹⁸⁹ R. AMATORE, "Abuso del diritto nel concordato", in *IFallimentarista*, 28.05.2020

Alla questione relativa ai rapporti intercorrenti tra le due procedure non viene invero fornita una risposta univoca, essendo diverse le soluzioni che emergono dalle prassi dei tribunali di merito, che divergono rispetto alle indicazioni offerte dalla giurisprudenza di legittimità¹⁹⁰. Ai fini ricostruttivi, giova ricordare che, l'opzione prevalente condivisa dai tribunali consiste nella sospensione della procedura prefallimentare con apposito provvedimento, in alternativa alla dichiarazione di improcedibilità secondo quanto stabilito dall'art. 168 l.fall.¹⁹¹

Sebbene la questione dei rapporti tra concordato e fallimento in pendenza dell'istruttoria fallimentare sia un tema classico del diritto concorsuale, appare necessario, per dare una chiara illustrazione, tracciare un quadro normativo, alla luce delle modifiche legislative intervenute e di alcune pronunce giurisprudenziali.

Secondo il sistema concorsuale delineato dal legislatore del 1942, il concordato aveva quale scopo quello di consentire al debitore insolvente di prevenire il fallimento: l'imprenditore poteva ottenere dai creditori l'assenso ad una dilazione e/o decurtazione dei propri debiti, evitando le conseguenze particolarmente incisive e penalizzanti del fallimento ma allo stesso consentendo ai creditori una soddisfazione non irrisoria.

Tale *ratio* trovava riscontro, sul piano procedurale, nella generale affermazione del principio c.d. di prevenzione¹⁹² (o prevalenza) del concordato rispetto al fallimento. Tale soluzione pattizia veniva utilizzata per evitare il fallimento e da ciò si deducevano logicamente due corollari: che si potesse chiedere l'ammissione a tale procedura soltanto finché non fosse stato dichiarato il fallimento, e che una volta chiesta l'ammissione al concordato, il fallimento potesse essere dichiarato solo dopo la negativa definizione del procedimento concordatario ovvero, dopo la pronuncia di inammissibilità della domanda, la revoca, oppure in seguito alla mancata approvazione o omologazione del concordato. E in caso in cui si verificava una chiusura anticipata della procedura era la stessa legge a prevedere la pressoché automatica dichiarazione d'ufficio del fallimento del debitore¹⁹³.

¹⁹⁰ Cfr. Cass. 24 ottobre 2012, n. 18190, i cui passaggi logici sono ripresi in modo identico dalla successiva Cass., S.U. 23 gennaio 2013, n. 1521.

¹⁹¹ R. AMATORE, *op.cit.*, in *Il Fallimentarista*, 28.05.2020

¹⁹² Il principio di prevenzione è affermato, tra le altre, da Cass. 17 settembre 1993, n. 9581 e Cass. 7 marzo 2000, n. 2546.

¹⁹³ Cfr., rispettivamente, i previgenti artt. 162, comma 2, 173, 179 e 181, comma 2, l. fall.;

La domanda di concordato preventivo recava in sé la concreta possibilità della immediata dichiarazione di fallimento del debitore proponente, già prima ed a prescindere dagli esiti della domanda concordataria medesima: in quanto entrambe le procedure erano accumulate dall'identità del presupposto oggettivo cioè lo stato di insolvenza¹⁹⁴, e la contestuale possibilità che il fallimento potesse essere dichiarato d'ufficio¹⁹⁵.

«Era dunque necessaria, ancor prima che opportuna, una regola che imponesse il previo esaurimento della procedura concordataria rispetto alla dichiarazione di fallimento.

Tale regola è stata individuata nel richiamato principio di prevenzione¹⁹⁶».

Il fondamento normativo di tale principio veniva generalmente indicato nell'art. 160 l. fall., e precisamente nella parte in cui tale disposizione affermava che il debitore poteva proporre un concordato preventivo *«fino a che il suo fallimento non è dichiarato»*. Il legislatore del 2005¹⁹⁷ è intervenuto riformulando l'art. 160 l. fall. senza però ripresentare il precedente inciso; è stato modificato il presupposto oggettivo del concordato ovvero "lo stato di crisi", che ricomprende all'interno lo stato di insolvenza, ed è venuta meno la possibilità di dichiarare d'ufficio il fallimento.

A seguito delle le modifiche subite dall'art. 160 l. fall., si è posto il dubbio circa la sopravvivenza del principio di prevenzione. In particolare, alle variegate posizioni della dottrina¹⁹⁸ che erano inclini a riconoscere priorità alla procedura concordataria rispetto al fallimento, si è contrapposto un orientamento giurisprudenziale contrario a riconoscere la permanenza in vigore del principio in oggetto.

In primo luogo, la Cassazione¹⁹⁹ ha escluso che tra i due procedimenti sia ravvisabile un rapporto di pregiudizialità tecnica da poter regolare mediante il ricorso alla sospensione necessaria *ex art. 295 c.p.c.* del procedimento fallimentare in pendenza di

¹⁹⁴ *ex artt. 5 e 160, l. fall.*, nella originaria formulazione.

¹⁹⁵ S. MARZO, "Prevenzione rispetto al fallimento", in *Il Fallimentarista*, 19.10.2016.

¹⁹⁶ S. MARZO, *Ibidem*.

¹⁹⁷ art. 2, comma 1, lett. d, D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito in L. 14 maggio 2005, n. 80.

¹⁹⁸ Favorevoli a riconoscere ancora la vigenza del principio di prevalenza S. PACCHI, L. D'ORAZIO, A. COPPOLA, "Il concordato preventivo", in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di A. DIDONE, Torino, 2009, p.1773; F. DE SANTIS, "Il processo per la dichiarazione di fallimento", in *Tratt. dir. com. e dir. pubbl. econ.*, LXIII, Padova, 2012, p. 220; C. CECHELLA, "Il processo e l'istruttoria", in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da F. VASSALLI, F.P. LUISO, E. GABRIELLI, II, *Il processo di fallimento*, Torino, 2014, p.106; S. AMBROSINI, "Il concordato preventivo", in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da F. VASSALLI, F.P. LUISO, E. GABRIELLI, IV, *Le altre procedure concorsuali*, Torino, 2014, p.65.

¹⁹⁹ Cass. civ., sez. VI-1, ord. 8 febbraio 2011, n. 3059

quello concordatario. Secondo la Corte, invece, è ravvisabile soltanto un fenomeno al contempo di consequenzialità della seconda all'esito negativo della prima ed assorbimento dei vizi del diniego della prima nella fase impugnatoria della seconda, tale da comportare una mera esigenza di coordinamento tra i due procedimenti, ed in particolare un coordinamento solo parzialmente realizzato dalle norme ed è esclusa qualsiasi sospensione *ex art. 295 c.p.c.*

Infine, la Suprema Corte²⁰⁰ parte dalla premessa, che poi si rivelerà errata, secondo cui il principio di prevenzione si poteva ricavare dall'inciso contenuto nell'art. 160 l. fall. secondo la vecchia formulazione, poi eliminata: per cui a parere della Corte a seguito del venir meno del discusso inciso²⁰¹, fondante il criterio della prevenzione, tale regola doveva ritenersi abrogata.

«Da ciò la conclusione per cui il nesso d'indubbia consequenzialità logica tra la procedura di concordato e quella di fallimento non si traduce in una consequenzialità procedimentale, non imponendo che possa darsi corso all'istruttoria fallimentare solo in quanto si sia esaurita la procedura alternativa, perché ciò, da un lato, porterebbe ad un caso di sospensione estraneo alla previsione del codice di rito²⁰² e, dall'altro, violerebbe il principio costituzionale della ragionevole durata del processo²⁰³».

Ma si avvertiva come urgente e imprescindibile l'esigenza di operare un coordinamento tra le procedure: mancando sul punto specifiche regole e la valutazione di fatto veniva rimessa alla discrezionalità del giudice, il quale avrebbe potuto dare precedenza all'una o all'altra procedura, *«purché nel rispetto indefettibile delle garanzie di difesa, del debitore rispetto alle istanze di fallimento, e degli stessi creditori rispetto alla domanda di concordato²⁰⁴».*

Rilevate le molteplici criticità, intervengono a chiarire il problema due sentenze delle Sezioni Unite: la n. 9935 e la n. 9936 del 15 maggio 2015.

²⁰⁰ così, Cass. Civ., sez. I, sent. 24 ottobre 2012, n. 18190.

²⁰¹ che prevedeva la possibilità per l'imprenditore di proporre il concordato preventivo *“fino a che il suo fallimento non è dichiarato”*.

²⁰² La giurisprudenza ha sottolineato che non sarebbe giuridicamente corretto individuare delle ipotesi di “sospensione discrezionale o impropria” in quanto la sospensione, limitando l'esercizio del diritto d'azione deve essere prevista da una specifica disposizione di legge.

²⁰³ R. AMATORE, *op.cit.*, in *Il Fallimentarista*, 28.05.2020

²⁰⁴ così, ancora, nella citata sentenza n. 18190 del 2012, richiamata anche nella nota e, per altri versi ben più meditata, sentenza a Sezioni Unite n. 1521 del 23 gennaio 2013.

La Corte ha stabilito che il principio di prevenzione non può essere abrogato, ma anzi è lo strumento cardine utilizzato per coordinare la procedura di fallimento e quella concordataria, ove risultano entrambe aperte. La Corte, contraddicendo la precedente giurisprudenza, ritiene che sia errato individuare suddetto principio nell'inciso del previgente dell'art. 160 l. fall., essendo lo stesso *«ridondante e sostanzialmente neutro rispetto all'ordine di trattazione delle procedure»*. Del pari errata è, secondo la Corte, l'idea che il coordinamento tra i due procedimenti possa essere affidato *«alla discrezionalità del tribunale, in quanto questo non può operare un bilanciamento degli interessi che coinvolgono la scelta tra le due procedure alternative, e ciò a riprova del fatto che sono state sottratte all'organo giurisdizionale le valutazioni di convenienza e di fattibilità nel merito»*.

La Corte individua nelle disposizioni di cui agli artt. 162, 173, 179 e 180 della l. fall., ovvero tutte ipotesi di chiusura anticipata del procedimento concordatario, per inammissibilità della domanda, revoca, mancata approvazione e rigetto dell'omologazione del concordato, *«il momento di emersione a livello normativo della possibilità di dichiarare il fallimento solo dopo l'esaurimento della procedura di concordato e, quindi, della scelta del legislatore quanto all'ordine di trattazione delle procedure»*. In altri termini, tali norme costituirebbero espressione del principio generale di prevenzione del concordato rispetto al fallimento, insito nel vigente sistema concorsuale.

La necessità di un previo esame della domanda di concordato sarebbe peraltro coerente con il *favor* per la procedura negoziale, notevolmente accentuato dalla riforma sotto numerosi aspetti ed ulteriormente ribadito anche a livello europeo²⁰⁵.

Alla luce di quanto riaffermato dalla Suprema Corte emerge che: durante la pendenza di una procedura di concordato non può ammettersi il corso di un autonomo procedimento prefallimentare che si concluda con la dichiarazione di fallimento prima ed indipendentemente dal verificarsi di uno degli eventi previsti dalle disposizioni precedentemente menzionate.

Con tali sentenze la Corte traccia le declinazioni applicative del principio di prevenzione, prevedendo:

²⁰⁵ Raccomandazione della Commissione Europea del 12 marzo 2014.

- Che la regola del previo esaurimento della procedura concordataria non implica né può consentire la sospensione o l'improcedibilità della procedura prefallimentare, non sussistendo un nesso di pregiudizialità tecnica tale da giustificare la sospensione *ex art. 295 c.p.* Ne discende che la procedura prefallimentare può iniziare e proseguire in pendenza di una procedura concordataria non ancora esaurita, ma il principio di prevenzione preclude soltanto la possibilità che il fallimento venga dichiarato.
- Il tribunale investito di un'istanza di fallimento di un debitore che ha presentato una domanda di concordato, può procedere alla necessaria istruttoria e può anche respingerla; non può però accoglierla, fintanto che il procedimento concordatario non si sia concluso con l'inammissibilità della proposta, la revoca, la mancata approvazione o il rigetto dell'omologazione del concordato.
- La Corte stabilisce anche praticamente come opera tale principio, e pertanto afferma che tra i due procedimenti esiste un rapporto di continenza, in quanto si tratta di due domande contrapposte e alternative che però presentano dei profili di identità²⁰⁶. Ne consegue che ove i procedimenti sono pendenti difronte il medesimo giudice vengono riuniti ai sensi dell'art. 273 c.p.c, diversamente qualora pendenti difronte a giudici diversi si applica l'art. 39 c.p.c; da tale riunione si viene a determinare uno svolgimento del procedimento in pieno contraddittorio tra le parti ma anche la fruibilità in ciascuna procedura del materiale probatorio raccolto nell'altra.

La soluzione della suprema Corte, la quale è stata accolta da molti osservatori, risulta condivisibile in quanto, da un lato esprime la prevalenza del concordato sul fallimento in modo chiaro e dal punto di vista non logico, ma anche normativo, e dall'altro lato fornisce un criterio utilizzabile in modo certo dagli operatori del diritto in sede di coordinamento delle predette procedure²⁰⁷.

²⁰⁶ Si ha una parziale identità di soggetti, in quanto sono destinatari della proposta di concordato e possibili istanti del fallimento; si ha una stessa *causa petendi*, e cioè lo stato di insolvenza; e una parziale coincidenza del *petitum*, cioè la regolazione della crisi, così come affermato da Cagnasso-Panzani in "*Crisi d'impresa e procedure concorsuali*", tomo III.

²⁰⁷ O. CAGNASSO- L. PANZANI, *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, tomo terzo, Torino, 2016, p. 3379.

Capitolo 3: Il nuovo concordato preventivo

3.1. L'armonizzazione europea delle discipline nazionali in materia di insolvenza

La legislazione italiana di base delle procedure concorsuali, tuttora in vigore, risale al Decreto Regio del 1942. Nonostante si siano succeduti nel corso del tempo significativi interventi modificativi volti ad aggiornare il diritto della crisi d'impresa, adattandolo alle nuove esigenze sociali, economiche e finanziarie, e intervenendo su significativi settori della legge fallimentare: risultano evidenti le dissonanze tra le disposizioni modificate e quelle rimaste invariate.

E' indubbio che alcune disposizioni di legge, modificate appena qualche anno prima, hanno comportato l'emersione di rilevanti difficoltà applicative, dovute da un lato al grado di approssimazione nella formulazione tecnica delle norme, dall'altro al continuo mutamento del dato normativo che rende difficile il formarsi di indirizzi giurisprudenziali consolidati e stabili, causando incertezza, controversie e incidendo sulle tempistiche delle procedure concorsuali²⁰⁸.

Nel gennaio 2015 presso il Ministero di Giustizia si costituì una Commissione di esperti, denominata Commissione Rordorf, con l'obiettivo di elaborare un progetto di riforma organico delle diverse procedure concorsuali per far fronte alle criticità sopra esposte. Prima di procedere all'analisi del lavoro svolto dalla predetta Commissione, non si può ignorare che la necessità di una risistemazione complessiva della materia concorsuale è oggi resa ancor più necessaria dalle continue sollecitazioni provenienti dall'Unione europea, che ha mostrato notevole interesse sulla materia e ha influenzato profondamente tale riforma organica.

Il legislatore comunitario si pone quale finalità *«quella di procedere ad una armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia di insolvenza, auspicando i caratteri di un futuro diritto europeo della crisi d'impresa, da replicare con varianti di portata secondaria dei diritti interni²⁰⁹»*.

²⁰⁸ R. RORDORF, "Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali", Roma, 29 dicembre 2015, p. 3, in www.osservatorio-oci.org.

²⁰⁹ F. DI MARZIO, "La riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Osservazioni sulla legge delega", Milano, 2018, p.10.

La Comunità europea è intervenuta affrontando e disciplinando l'argomento in numerosi provvedimenti, primo fra tutti la Raccomandazione n.135/2014. Tale atto si pone due finalità, la prima è quella di «*garantire alle imprese sane in difficoltà finanziaria, ovunque siano stabilite nell' Unione, l'accesso ad un quadro nazionale in materia di insolvenza che permetta loro di ristrutturarsi in una fase precoce in modo da evitare l'insolvenza*». Un altro obiettivo è quello di garantire «*una seconda opportunità in tutta l'Unione agli imprenditori onesti che falliscono*». Inoltre, la Commissione ha affermato che l'intervento di ristrutturazione debba avvenire in una fase precoce e, al fine di evitare il rischio di abuso della procedura, è necessario che il piano di ristrutturazione sia tale da impedire l'insolvenza e garantire la redditività dell'impresa.

La raccomandazione mira in particolare a: diminuire i costi della valutazione dei rischi connessi agli investimenti in un altro Stato membro; aumentare i tassi di recupero del credito; eliminare le difficoltà di ristrutturazione dei gruppi transfrontalieri di imprese al fine di salvaguardare i posti di lavoro, con effetti positivi sull'economia in generale.

Si tratta di un atto non vincolante ma la Commissione ha previsto di valutarne l'effetto dopo diciotto mesi dalla sua entrata in vigore²¹⁰, proponendo eventualmente altre misure più stringenti per il raggiungimento degli obiettivi summenzionati ed infatti il 20 maggio 2015 il Parlamento e il Consiglio europeo hanno emanato un nuovo Regolamento, il n. 848/2015 relativo alle procedure di insolvenza, che costituisce un'evoluzione della Raccomandazione n. 135/2014.

Tale provvedimento²¹¹ si inserisce all'interno della politica di armonizzazione degli ordinamenti dei paesi europei e disciplina le procedure d'insolvenza transfrontaliere. E' fondato sul principio del mutuo riconoscimento: per mezzo del quale gli Stati membri consentano che le normative straniere, o le stesse decisioni giudiziarie adottate in altri Stati membri, possano produrre efficacia diretta nel proprio ordinamento.

Ad integrazione delle disposizioni regolamentari, è intervenuta una proposta di Direttiva della Commissione del 2016, la quale è stata votata e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale

²¹⁰ Molti paesi, tra cui l'Italia, hanno considerato tale raccomandazione come una guida per le riforme del settore dell'insolvenza, diversamente da altri stati che l'hanno finora ignorata.

²¹¹ Il regolamento UE n. 848/2015 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 5 giugno 2015 ed è entrato in vigore il 26 giugno 2015. Il testo normativo, che riscrive il precedente regolamento CE n. 1346/2000 del 29 maggio 2000.

nel marzo del 2019. La direttiva, così come nella versione definitiva, costituisce il più importante tassello di un percorso teso al ravvicinamento delle legislazioni domestiche in materia²¹², precedentemente avviato con la Raccomandazione del 2014.

Non presenta né un progetto globale di diritto delle imprese in crisi, che si rivolge sia alle procedure conservative che a quelle liquidative, né un progetto completo di disciplina delle ristrutturazioni, ma soltanto indirizzi su alcuni punti fondamentali, per realizzare in tutti gli Stati membri, tramite regole comuni, un contesto normativo sulle ristrutturazioni favorevole al recupero delle imprese in crisi e garante dei diritti sia dei creditori che dei debitori. Non è stato, quindi, adottato un approccio olistico verso l'armonizzazione del diritto della crisi²¹³. Vengono, così, tralasciati interi passi di questa disciplina come: 1) le condizioni per l'instaurazione della procedura d'insolvenza; 2) il grado dei crediti; 3) le azioni revocatorie.

Il tema delle ristrutturazioni occupa nella Direttiva una posizione centrale, ma non è l'unico che viene trattato. Tre sono, infatti, i poli di attenzione:

- la ristrutturazione preventiva che si dipana attraverso norme sull'allerta; sulle agevolazioni delle trattative; sull'iter del piano; sulla tutela dei finanziamenti e delle operazioni connesse alla ristrutturazione e, infine, sugli obblighi dei dirigenti;
- la esdebitazione;
- le misure per l'efficienza delle procedure.

Il tema più significativo affrontato da tale provvedimento, quello dei rapporti tra fallimento e ristrutturazione *«riflette una progressiva evoluzione del sistema, già iniziata a livello Statale, tendente a ridefinire i rapporti di forza tra norme che regolano la liquidazione delle aziende e norme volte a valorizzare la prospettiva di continuità aziendale^{214»}.*

²¹² La direttiva si pone quale altro scopo quello di arginare il fenomeno del *forum shopping*. Brevemente, il fenomeno lo si può individuare quando un debitore, per essere assoggettato a delle procedure d'insolvenza meno rigide, oppure per ottenere delle conseguenze civili o penali meno punitive, decide di trasferire la propria sede operativa o i propri interessi in un altro Stato diverso da quello di origine.

²¹³ Sul punto anche F. MAROTTA, "L'armonizzazione europea delle discipline nazionali in materia d'insolvenza: la nuova Direttiva Europea riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione", in www.ilcaso.it, 17.04.2019.

²¹⁴ *Ivi*, p.3

Sebbene la liquidazione fallimentare è da sempre stata l'opzione prediletta dalle legislazioni nazionali per risolvere le crisi aziendali, un simile approccio a situazioni di difficoltà dell'imprenditore, tuttavia, non pare più adeguato ad un nuovo contesto economico che, da un lato, ha causato un aumento dei fenomeni di crisi, e dall'altro ha portato ad una sensibile trasformazione delle imprese secondo una dimensione transfrontaliera, grazie all'istituzione del Mercato Unico Europeo.

Per cui esaminando le normative nazionali disciplinanti l'insolvenza, non si può che formulare un giudizio di adeguatezza tendenzialmente negativo: *«privilegiare la morte dell'impresa, conseguente alla liquidazione dell'azienda, significa infatti non attribuire importanza a tutti i momenti temporali e fisiologici che preannunciano il dissesto, che rendono quantomeno evidente il futuro default, privando gli imprenditori di strumenti idonei a salvare l'impresa quando ancora ciò sia possibile²¹⁵»*.

Sulla base di tale considerazione i nuovi provvedimenti adottati a livello comunitario sono ispirati da un principio di tutela della continuità: le finalità prioritarie diventano perciò il risanamento e la prosecuzione dell'attività d'impresa, raggiungibili grazie all'introduzione di nuove procedure volte a tutelare e a salvaguardare le imprese in stato di preinsolvenza. Con questo cambio di rotta, la liquidazione del patrimonio del debitore non rappresenterà più il fine principale della procedura d'insolvenza, bensì una mera opzione marginale.

Tale principio ha orientato anche il Nuovo Codice delle crisi d'impresa, di cui parleremo nel proseguo della trattazione, facendo riferimento più specificatamente all'istituto del concordato preventivo.

3.2. Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: profili generali

Alla Commissione Rordorf, nominata con decreto del 28 gennaio 2015, è stato affidato il compito di elaborare delle proposte di riordino e di riforma delle procedure concorsuali attraverso un approccio non più episodico ed emergenziale, bensì sistematico ed organico, in modo da riportare ad una certa linearità il nostro sistema divenuto nel tempo troppo

²¹⁵ *Ivi*, p.4

farraginoso. Nel cercare di raggiungere l'obiettivo assegnato, la Commissione²¹⁶ ha redatto uno schema di legge delega²¹⁷, la quale ha stabilito i principi generali che sono seguiti dal decreto delegato, appunto il D. Lgs 19 del 2019²¹⁸, ovvero un testo normativo che sostituisce parte della nostra attuale legge fallimentare, per disciplinare in modo coerente ed unitario il fenomeno della crisi e dell'insolvenza²¹⁹.

Quello del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza²²⁰ è stato, indiscutibilmente, un progetto estremamente ambizioso dal punto di vista formale: un opus di proporzioni monumentali contenente 391 articoli, e definito pertanto “la *Summa* del diritto concorsuale italiano”, pur rimanendo una legge di settore.

Di *Summa* o, se più piaccia, testo unico del nostro diritto concorsuale, è dato, in verità, parlare solamente in senso relativo o tendenziale e non, certo, assoluto. Difatti, dagli orizzonti dell'intervento riformatore, esula l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza, come stabilito dall'art. 1 del CCII.

Dal punto di vista sostanziale «*quella che si mostra al nostro sguardo assomiglia molto più a un'opera di consolidazione, ossia di sistemazione dell'esistente, che non di vera codificazione, oppure, se vogliamo utilizzare altri parametri classificatori, è codice in senso molto più giustiniano che non napoleonico*²²¹».

Per cui se da un lato il CCII accoglie una nuova linea ispiratrice di fondo, tesa a consolidare l'attitudine del legislatore volta a favorire le procedure di composizione della crisi a carattere convenzionale o, comunque, non liquidatorio, dall'altro lato non appare un progetto intriso di idee o principi di ampia pervasività.

Ma, si badi bene, ciò non sta a significare che esso sia destinato a lasciare le cose come stavano o che, comunque, non sia foriero di innovazioni di rilevante momento.

²¹⁶ La Commissione decise di suddividere le attività in sei diverse aree, ciascuna delle quali affidata ad una sottocommissione con a capo un coordinatore e venne designato per ciascuna area un referente allo scopo di mantenere dei contatti con gli altri referenti, così da promuovere una migliore uniformità nell'impostazione dei differenti settori.

²¹⁷ L. n. 155 del 19 ottobre del 2017.

²¹⁸ Il c.d. “Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza”

²¹⁹ R. RORDORF, “Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali”, Roma, 29 dicembre 2015, p. 1, in www.osservatorio-oci.org.

²²⁰ D'ora in poi denominato “CCII”

²²¹ M. MONTANARI, “Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: profili generali e processuali” in “Rivista di diritto processuale”, 2020, fasc. 1, pp. 273-274.

Tra le modifiche più importanti rileva sicuramente quella di tipo formale, quale la sostituzione del termine “fallimento” con l’espressione “liquidazione giudiziale”; viceversa la disciplina della procedura²²² è rimasta sostanzialmente la stessa del Regio Decreto n. 267 del 1942.

Il fallito è stato vittima fin dal medioevo di umiliazioni ed afflizioni, culminate poi in epoche recenti con il carcere per debiti e con la perdita dei diritti civili. Sebbene non siano più presenti, come anni fa, regole durissime²²³ contro i falliti, il legislatore fino a questo momento non si era spinto fino ad eliminare l’ultima scoria del passato, legata all’uso di tale termine, con risvolti fortemente negativi sul piano sociale e morale. Inoltre, ciò facilitava le resistenze verso talune avanguardie disciplinari quali l’esdebitazione²²⁴, tradizionali in altri ordinamenti, mentre presenti nel nostro in forma quasi embrionale.

Un cambiamento sostanziale consiste nella previsione, in caso di sbocco giudiziario della crisi, di una fase unica di apertura delle procedure, in linea con i principi di semplificazione, razionalizzazione e modernizzazione.

Ma in realtà così non è. O meglio, non è esattamente così.

In primo luogo, nella stessa Relazione illustrativa al D. Lgs. n.14/2019, sebbene venga sottolineata la scelta per il procedimento “unitario”, poi si aggiunge che comunque sono *«fatte salve le disposizioni speciali riguardanti l’una o l’altra di tali situazioni»*; e’ evidente, infatti, che, se devono essere fatte salve le disposizioni speciali sulle singole procedure, il procedimento non può dirsi “unitario”, ma assume connotazioni diverse a seconda della procedura.

Si tratta di un inciso che non compariva nella Relazione della Commissione Rordorf e che anticipa le soluzioni che il legislatore delegato ha poi seguito in sede di redazione delle disposizioni sul procedimento di apertura²²⁵.

²²² Artt. 121-267

²²³ Si fa riferimento alla limitazione di diritti costituzionali, quali la libertà di corrispondenza e di movimento.

²²⁴ L’ “esdebitazione” consiste nel beneficio concesso al debitore fallito di essere liberato di quella parte dei debiti non soddisfatti al termine della procedura concorsuale.

²²⁵ Secondo M. MONTANARI, “Il procedimento unitario per l’accesso alle procedure di regolazione della crisi o dell’insolvenza e i riflessi indiretti sulle banche”, in www.ilcaso.it, p. 15 ss., l’integrazione «appare rivelatrice: rivelatrice, precisamente, della consapevolezza che si sia, alla fine, trattato di una operazione di facciata e che la sostanza delle cose sia ben diversa dall’immagine che quella seducente espressione [procedimento unitario] vorrebbe proiettare all’esterno».

Infatti, sebbene si continui a parlare nel Codice di un procedimento “unitario”, in realtà si tratta di un risultato auspicato nei limiti in cui sia possibile riunire le molteplici domande dirette alla regolazione della crisi o dell’insolvenza; a conferma di ciò è sufficiente prendere in considerazione l’art. 7 CCII, inserito non a caso fra i principi di carattere processuale e rubricato, significativamente, «*trattazione unitaria delle domande di regolazione della crisi o dell’insolvenza*».

Il legislatore del D. Lgs. n. 14/2019 non ha più a mente un procedimento unitario inteso nel senso di «*contenitore processuale uniforme di tutte le iniziative*²²⁶», quanto, piuttosto, una trattazione unitaria a seguito di riunione dei procedimenti, introdotti dalle diverse domande. Ma è chiaro che questa riunione può esserci come non esserci, negli stessi termini in cui può verificarsi secondo l’attuale legge fallimentare²²⁷.

Per cui il suddetto intervento non pone termine all’assurda compresenza nell’ordinamento di diversi sottosistemi le cui componenti sono strutturalmente analoghe, si pensi alla fortissima contiguità fra concordato preventivo ed accordi del sovraindebitato: talché l’ordinamento italiano resterà comunque caratterizzato dalla abnorme varietà di procedure largamente simili, una varietà addirittura incrementata dalla riforma che, alle procedure o procedimenti già noti, ne ha aggiunto uno nuovo “il procedimento di composizione assistita della crisi.²²⁸”

Una delle novità più rilevanti e anche di maggiore interesse recate dalla riforma è senza dubbio costituita dall’introduzione nel nostro sistema concorsuale generale della regolamentazione della crisi dei gruppi di imprese ²²⁹ . Era mancata finora nel nostro ordinamento una disciplina generale della crisi dei gruppi

²²⁶ R. RORDORF, “Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali”, Roma, 29 dicembre 2015, p. 7, in www.osservatorio-oci.org.

²²⁷ A. CARRATTA, “Il procedimento di apertura delle procedure concorsuali: dalla legge delega al codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza”, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, n.5/2019, p.1057 ss.

²²⁸ A. NIGRO, “La riforma delle procedure concorsuali in Italia: uno sguardo d’insieme”, in Ildirittodegliaffari.it, 05.12.2018.

²²⁹ Si veda sul punto le prime impressioni: L. PANZANI, “La disciplina delle crisi di gruppo tra proposte di riforma e modelli internazionali”, in *Fallimento*, 2016, p. 1153 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, “La disciplina del gruppo societario in crisi o insolvente, Prime riflessioni a valle del recente disegno di legge delega per la riforma organica della legge fallimentare”, in Arato e Domenichini (a cura di), *Le proposte per una riforma della legge fallimentare*.

di imprese ²³⁰ : esistevano (come tuttora esistono) regolamentazioni speciali sia nell'ambito di leggi che hanno disciplinato particolari procedure concorsuali²³¹ e sia nell'ambito di leggi di settore ²³² : ma tali regolamentazioni non potevano trovare applicazione, se non per singoli profili, a procedure ed ambiti diversi rispetto a quelli per i quali erano state previste.

Il Codice della crisi adotta all'art. 2, lett. h) una definizione di gruppo, che ricalca quella della "attività di direzione e coordinamento" (art. 2497 e segg., e specialmente art. 2497-sexies c.c.), ma non coincide esattamente con essa. Ciò deriva, probabilmente, *«dall'intenzione di ampliare la figura del gruppo in crisi o insolvente in una prospettiva di "diritto dell'impresa", prevedendo, fra l'altro, la possibilità che il ruolo di capogruppo sia assunto anche da una persona fisica, con un evidente disallineamento – per lo meno formale – rispetto alla fattispecie dell'art. 2497 c.c. 233»*.

L'art. 284, commi 1-2, CCII, prevede la facoltà, e non l'obbligo, di più imprese o società appartenenti a un gruppo di presentare, con unico ricorso, la domanda di accesso al concordato preventivo o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art. 40 CCII*, che è soggetta a pubblicità nel registro delle imprese. Le proponenti possono optare per la presentazione di un piano unitario o di più piani collegati; tuttavia le proposte di concordato rivolte ai creditori devono essere distinte, secondo il principio di autonomia

²³⁰ Vedi sul punto ALESSANDRO NIGRO, "I gruppi nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: notazioni generali" in *ILcaso.it*, 23.01.20.: «Con specifico riferimento al concordato preventivo, la prassi aveva tentato – come si ricorderà - di colmare la lacuna o cercando di forzare le norme generali o inventando "tecniche" più o meno fantasiose. Quanto a queste ultime, mi riferisco, per esempio, al meccanismo imperniato sulla presentazione di una proposta di concordato preventivo da parte di una società in nome collettivo, costituita allo scopo, nella quale siano stati conferiti i complessi aziendali delle società del gruppo, con estensione dell'effetto esdebitatorio alle medesime, le quali dichiarino di agire anche in proprio e chiedano di essere ammesse tutte alla procedura. La giurisprudenza di merito ha, in qualche raro caso, accolto questi tentativi; ma la Cassazione li ha recisamente respinti, affermando la assoluta necessità di una disciplina positiva che preveda e regolamenti procedure concorsuali di gruppo».

²³¹ L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi, nella doppia versione del 1999 e del 2003.

²³² Il testo unico bancario; il testo unico della finanza; il codice delle assicurazioni private; il d. l. n. 233 del 1986 in materia di società fiduciarie e di revisione.

²³³ F. GUERRARA, "La regolazione negoziale della crisi e dell'insolvenza dei gruppi di imprese nel nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza", in "Il diritto fallimentare e delle società commerciali" n.6/2019, Torino, p.1320.

delle masse delle singole imprese²³⁴ e del sistema stesso di votazione (art. 286, co. 5, CCII)²³⁵.

Secondo la nuova normativa, le imprese appartenenti ad un medesimo gruppo possono optare, in luogo della procedura unitaria di concordato, per un accesso separato alle procedure di crisi, in tal caso vengono però previsti particolari obblighi informativi e di collaborazione, a favore del commissario giudiziale e a carico della Consob, delle pubbliche autorità e delle società fiduciarie²³⁶.

Procedendo alla disamina delle novità del CCII non può non menzionarsi la previsione, contenuta nel Titolo II ²³⁷, di meccanismi di allerta finalizzati a far emergere in modo rapido e tempestivo le difficoltà finanziarie delle imprese prima ancora che si manifesti una crisi conclamata o che quest'ultima sfoci nell'insolvenza.

Sebbene tali procedure rappresentino un momento di evoluzione, normativa e culturale, rispetto alla disciplina previgente, allineando il nostro paese con gli altri ordinamenti non soltanto europei ma anche d'oltreoceano, l'analitico esame di quest'ultime esula dai confini tematici del presente contributo, e nel proseguo verranno analizzate più specificatamente le loro finalità in riferimento all'istituto del concordato preventivo.

3.3. Il nuovo concordato preventivo alla luce del CCII: rimedi contro l'abuso

La storia del concordato preventivo - come analizzata nel primo capitolo - ha subito un radicale stravolgimento a partire dal D.L. 35/05, quando venne ribaltata la visione del concordato quale figlio minore del fallimento per essere inquadrato quale strumento centrale della risoluzione della crisi dell'impresa²³⁸. Poi, man mano che si apprezzavano quali potessero essere le potenzialità di tale strumento, si è iniziato ad immaginare che il medesimo divenisse un mezzo di conservazione del valore aziendale anche tramite la prosecuzione dell'attività. In questa prospettiva, il legislatore, a partire dal 2012, ha riconosciuto piena dignità alle proposte di concordato che si fondavano su un piano di

²³⁴ Art. 284, co. 3, CCII.

²³⁵ F. GUERRARA, *cit.*, p.1319.

²³⁶ Art 289 CCII.

²³⁷ Agli artt. Da 12 a 18 CCII.

²³⁸ F. MASSIMO, "Il concordato con piano di continuità dopo il codice della crisi", in *Il Foro Italico*, 07.08.2020, fasc. 2, pt. 5, p. 44-57.

continuità, prevedendo alcune misure di favore per il debitore²³⁹. Era evidente che i concordati liquidatori sarebbero andati incontro ad una restrizione (e le statistiche lo confermano) a tutto vantaggio dei concordati in continuità: questi, infatti, erano privi della soglia minima di soddisfacimento²⁴⁰ che caratterizzava invece i concordati di matrice liquidatoria, il che li rendeva automaticamente più appetibili.

Se da un lato il concordato preventivo diventa uno degli strumenti principali di risoluzione della crisi d'impresa, dall'altro lato i tribunali ne hanno ravvisato un utilizzo distorto da parte dei debitori, i quali sono soliti presentare domande abusive di concordato, attivate in maniera dilatoria, mascherando, per certi versi, il requisito della continuità aziendale²⁴¹.

Su tale scia si pone l'intervento riformatore del legislatore del 2019, il quale, valorizzando ancor di più il valore della conservazione della continuità aziendale, a seguito soprattutto delle sollecitazioni europee, è intervenuto più specificatamente sulla disciplina del concordato preventivo prevedendo una serie di presidi normativi, e modificandone l'impostazione di base.

3.3.1. Marginalizzazione del concordato preventivo meramente liquidatorio.

Il riformatore quindi, se da un lato ha inserito una serie di cautele finalizzate a limitare la presentazione di domande abusive di concordato, dall'altro lato non sembra aver apportato modifiche essenziali alla disciplina, che - salvo qualche novità - ricalca quella dettata dalla legge fallimentare.

Significativo è l'intervento del nuovo Codice, sempre nell'ambito di una efficace repressione dell'uso dilatorio ed opportunistico del concordato preventivo, volto a ridisegnare il rapporto tra le due procedure concorsuali principali, concordato preventivo e liquidazione giudiziale (*ex. fallimento*) nel senso che: viene esclusa a monte la preferenza del primo strumento sulla liquidazione giudiziale, basata esclusivamente su una supposta e generica maggiore celerità, come avveniva nel passato; per cui «*la liquidazione giudiziale è destinata a regolare le insolvenze di imprese connotate da*

²³⁹ Le misure di favore previste sono: la prosecuzione dei contratti, la continuità negli appalti pubblici, la moratoria per il pagamento dei creditori privilegiati e la possibilità di effettuare pagamenti a favore di creditori anteriori.

²⁴⁰ Si tratta della soglia di soddisfacimento pari al 20 per cento per i creditori chirografari.

²⁴¹ G. ALESSANDRO, "Il nuovo concordato preventivo dopo il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza", in *Camminodiritto.it*, 23.12.2019.

irreversibile disgregazione dei valori aziendali; il concordato preventivo deve essere invece riservato alla soluzione delle crisi di imprese idonee a restare sul mercato e per le quali è realizzabile una continuità diretta o indiretta dell'attività produttiva²⁴²».

In questa cornice, il concordato liquidatorio è quindi concepito come un'eccezione esclusivamente giustificata dall'offerta di un valore aggiunto rispetto alla sola massa dei beni del debitore insolvente (cd. finanza esterna): pertanto, «*in attuazione della previsione contenuta nell'art. 6, lett. a), L. n. 155/2017, l'art. 84, 4° comma, CCII circoscrive l'ammissibilità di proposte concordatarie liquidatorie ai soli casi di apporti di "risorse esterne" ²⁴³ che aumentino di almeno il dieci per cento il soddisfacimento dei creditori chirografari, che non può essere in ogni caso inferiore al venti per cento dell'ammontare complessivo del credito chirografario²⁴⁴».*

Solo a questa condizione, infatti, il concordato, che rappresenta indubbiamente un vantaggio per l'imprenditore, che mantiene l'amministrazione dei propri beni ed è esposto a rischi più limitati sotto il profilo della responsabilità penale, diviene conveniente anche per i creditori, i quali al contrario sarebbero maggiormente garantiti dalla liquidazione giudiziale, diretta da un curatore terzo e di norma meno onerosa.

Diversamente in assenza di tali nuove risorse economiche, sono ammissibili esclusivamente i concordati con continuità aziendale che il tribunale reputi funzionali al miglior soddisfacimento dei creditori: in questo caso l'organo giurisdizionale si avvale dell'attestazione di un professionista indipendente che, ai sensi dell'art 87, 3° comma,

²⁴² R. SANTAGATA, "Concordato preventivo "meramente dilatorio" e nuovo "Codice della crisi e dell'insolvenza": verso il tramonto dell'abuso di diritto (o del processo)?", in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2/2019, p. 333 ss.

²⁴³ La norma non specifica se per «risorse esterne» possano intendersi anche atti di terzi che, pur non incrementando quantitativamente il patrimonio del debitore posto a disposizione dei creditori, sono comunque idonei ad assicurare una migliore e più certa soddisfazione: si pensi ad una postergazione volontaria dei crediti, alla prestazione di garanzie che coprano la differenza tra l'importo realizzato dalla cessione dei beni e la percentuale di soddisfacimento promessa ai creditori nella proposta. Sembra inclinare per un'interpretazione estensiva della locuzione «risorse esterne», inclusiva delle fattispecie testé annoverate, V. CALANDRA BUONAURA, *Intervento al Seminario "Verso un nuovo diritto della crisi d'impresa?"*, in *Giur. Comm.*, 2016, I, p. 928 s., che peraltro si esprime favorevolmente al mantenimento del concordato meramente liquidatorio.

²⁴⁴ R. SANTAGATA, *op. cit.*, p. 358.

CCII accerti e ritenga sussistente le “ragioni” esplicitate dal piano *ex art. 87, 1° comma, lett. f)*²⁴⁵.

Sebbene la soluzione concordataria debba assicurare una qualche utilità a favore di ciascun creditore, purché economicamente valutabile, questa ben può consistere anche nella prosecuzione o rinnovazione di rapporti contrattuali con il debitore od il suo avente causa.

Da tali disposizioni testè citate si rileva che sicuramente la finalità del concordato preventivo consiste nella soddisfazione dei creditori, al pari della vecchia l. fall., per cui la continuità d’impresa è comunque considerata un valore mezzo²⁴⁶, ma ciò non esclude che possano essere tutelati ulteriori obiettivi: l’art. 84 CCII contempla infatti tre interessi plurali, quelli dei creditori, dell’impresa e poi dei soci.

Quindi il concordato con continuità appare la soluzione giuridica non soltanto più idonea a garantire il miglioramento dell’azienda in crisi, ma anche nell’ottica della tutela dei posti di lavoro, di quanti sono impiegati all’interno dell’organizzazione aziendale, ponendo una garanzia maggiore per la tutela dei creditori²⁴⁷.

²⁴⁵ Art. 87 CCII: “1. Il debitore presenta, con la proposta di concordato e unitamente alla documentazione prevista dall’articolo 39, un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta. Il piano deve indicare:
a) le cause della crisi;
b) la definizione delle strategie d’intervento e, in caso di concordato in continuità, i tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria;
c) gli apporti di finanza nuova, se previsti;
d) le azioni risarcitorie e recuperatorie esperibili, con indicazione di quelle eventualmente proponibili solo nel caso di apertura della procedura di liquidazione giudiziale e delle prospettive di recupero;
e) i tempi delle attività da compiersi, nonché le iniziative da adottare nel caso di scostamento tra gli obiettivi pianificati e quelli raggiunti;
f) in caso di continuità aziendale, le ragioni per le quali questa è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori;
g) ove sia prevista la prosecuzione dell’attività d’impresa in forma diretta, un’analitica individuazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell’attività, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura.
2. Il debitore deve depositare, con la domanda, la relazione di un professionista indipendente, che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano. Analoga relazione deve essere presentata nel caso di modifiche sostanziali della proposta o del piano.
3. In caso di concordato in continuità la relazione del professionista indipendente deve attestare che la prosecuzione dell’attività d’impresa è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori.”

²⁴⁶ Pertanto la continuità, diretta o indiretta, può essere un mezzo per l’adempimento della proposta a condizione che essa consenta il miglior soddisfacimento dei creditori: non il miglior soddisfacimento in assoluto, ma quello comparativo con uno scenario di liquidazione coattiva ma virtuosa

²⁴⁷ G. ALESSANDRO, *cit.*

3.3.1.1. Concordato con piano in continuità: le modifiche del CCII

Il Codice risulta essere rivoluzionario fin da subito in ordine all'inquadramento della fattispecie del concordato in continuità. Infatti, se si analizza l'*ex art.* 186-bis della l. fall. si evince che la disposizione delinea un'ipotesi di fattispecie unitaria: il concordato in continuità finisce per coincidere con il fenomeno della continuazione dell'impresa come mezzo di attuazione del piano concordatario, a prescindere dalla finalità della prosecuzione e dalla meritevolezza in funzione della tutela della redditività dell'azienda²⁴⁸. Questa può apparire una scelta non del tutto adeguata in relazione ai differenti profili di disciplina coinvolti in tale fenomeno, si pensi al dibattito giurisprudenziale circa la riconduzione all'*art.* 186-bis l. fall. della cd. "*continuità indiretta*" attuata mediante l'affitto d'azienda²⁴⁹.

Il Riformatore sembra aver optato per un'impostazione di vertice diversa da quella appena descritta nella legge fallimentare, e ciò lo si evince anche dall'uso di diversi termini giuridici²⁵⁰ in ordine alla qualificazione del concordato in continuità; la novella intende, appunto, scardinare la pregressa unità della fattispecie.

Infatti nelle nuove disposizioni, il concordato in continuità aziendale non esaurisce più al suo interno ogni forma di continuazione dell'impresa nel concordato, ma seleziona una specifica porzione di tale fenomeno ritenuta meritevole - in quanto in grado di procurare un valore aggiunto per i creditori e per gli altri *stakeholders* - di un trattamento giuridico privilegiato in ordine alle misure premiali. Queste sono state rafforzate, prevedendo, oltre

²⁴⁸ V. PINTO, "Le fattispecie di continuità aziendale nel concordato nel Codice della Crisi", in *Giurisprudenza commerciale*, fasc. 2, pt. 1, p. 384, 07.08.2020

²⁴⁹ La giurisprudenza risulta essere divisa circa la riconducibilità dello schema concordatario fondato sull'affitto d'azienda alla fattispecie dell'*art.* 186-bis l. fall. Un primo orientamento ritiene incompatibile l'affitto d'azienda con il concordato con continuità aziendale sia perché, guardando all'interpretazione letterale della norma, l'*art.* 186-bis sembra escludere l'affitto fra le forme di continuità indiretta; sia perché, sotto il profilo sistematico difetterebbe il presupposto essenziale della disciplina della continuità aziendale, cioè l'allocatione del rischio d'impresa in capo ai creditori concordatari (Cfr. App. Firenze, 5 aprile 2017, n.760 in *ifallimentarista.it*, 17 luglio 2017). Un altro orientamento risulta essere parzialmente diverso, questo esclude il ricorrere della figura di cui all'*art.* 186-bis l. fall. qualora il canone dell'affittuario sia dovuto in maniera fissa, e non parametrato all'andamento dell'attività (Cfr. Trib. Terni, 2 aprile 2013, in *Fallimento*, 2014,459 ss.). Sulla questione è intervenuta in tempi recenti la Suprema Corte (Cass., 12 novembre 2018, n. 29742) che ha posto fine al dibattito e ha anticipato quanto statuito dal presente CCII; la Corte ha sancito la piena compatibilità fra lo schema dell'affitto d'azienda con la fattispecie del concordato in continuità, a prescindere dal momento di stipulazione del contratto d'affitto.

²⁵⁰ Definito alternativamente "concordato in continuità", mera "continuità aziendale", oppure "prosecuzione dell'attività d'impresa" o "continuazione dell'attività aziendale".

all'aggravamento delle condizioni di ammissibilità dei concordati liquidatori, l'estensione biennale della moratoria per i creditori privilegiati²⁵¹.

La più significativa innovazione introdotta dal Codice consiste – appunto – nella “scissione” dell'unitaria fattispecie prevista dall'art 186-bis l. fall. in due fattispecie, a cui si collega una diversa disciplina:

- una disciplina di base (consistente in una serie di misure protettive²⁵² e cautele informative²⁵³) che si applica a tutti i concordati i cui piani prevedono una mera prosecuzione dell'attività d'impresa, a prescindere dal fatto che vengano raggiunte le finalità tipiche del concordato;
- una disciplina aggiuntiva (costituita da misure premiali e talune cautele informative), si applica ai soli concordati che sono connotati dalla specifica finalità di soddisfacimento dei creditori e degli altri soggetti individuati dall'art. 84 del CCII.

Sebbene il legislatore si è orientato nel senso di prevedere una dicotomia tra concordato in continuità e concordato liquidatorio, favorendo il primo, è necessario sottolineare una problematica emersa a seguito delle riflessioni appena fatte. Il sistema può prevedere piani concordatari fondati sulla continuazione dell'impresa ma non sussumibili nel concordato in continuità: vuoi perché non caratterizzati dallo scopo di conservare nel futuro l'azienda mediante il ripristino dell'equilibrio economico e finanziario; vuoi perché l'impresa non è in grado di raggiungere dimensioni di ricavi tali da consentire il soddisfacimento prevalente dei creditori con i flussi della continuità; né è in grado di mantenere la forza lavoro²⁵⁴. Si tratta in tutti questi casi di concordati definiti “atipici”.

²⁵¹ In particolare, l'art. 86 CCII interviene sull'istituto della moratoria sotto un duplice profilo. In primo luogo, estende a due anni dall'omologazione la durata della sospensione della scadenza dei crediti assistiti da privilegio, pegno e ipoteca, continuando a far salva l'ipotesi in cui sia prevista la liquidazione dei beni o dei diritti sui quali insiste la causa di prelazione. In secondo luogo, i creditori soggetti a moratoria non vengono più privati del diritto di voto, ma «partecipano alla votazione per la differenza fra il loro credito maggiorato degli interessi di legge e il valore attuale dei pagamenti previsti nel piano calcolato alla data di presentazione della domanda di concordato».

²⁵² Si fa riferimento alla disciplina dei c.d. finanziamenti prededucibili (artt. 99 e 101 CCII) e l'autorizzazione al pagamento dei crediti pregressi (art. 100 CCII), entrambe ancorate al mero fatto che il piano presenti una continuazione dell'attività aziendale.

²⁵³ Queste coincidono con la previsione di ulteriori informazioni nel piano di concordato ovvero l'indicazione dei tempi di recupero dell'equilibrio finanziario e l'estensione dell'attestazione alla funzionalità della prosecuzione dell'impresa al miglior soddisfacimento dei creditori (art 87, comma 1, lett. b) e comma 3, CCII.

²⁵⁴ V. PINTO, *op.cit.*, p. 391.

Allora ci si chiede quale sia la disciplina da applicare e se anche per i suddetti concordati si prevedano i requisiti “barriera” dei concordati liquidatori.

A tal punto è necessario chiarire i rapporti fra le due figure di concordato, nominate nel primo comma dell’art. 84 CCII “*con l’obiettivo di verificare se il concordato liquidatorio integri una fattispecie residuale, determinata per sottrazione dal perimetro del concordato in continuità, o se invece presenta dei tratti significativi suoi propri*²⁵⁵”.

Se si limitasse l’applicazione dei requisiti di ammissibilità stabiliti dall’art. 84, comma 4, CCII ai solo concordati esclusivamente liquidatori, si creerebbe uno *spatium* normativo, destinato ad essere occupato da un *tertium genus*, ovvero da un concordato con continuazione dell’attività ma non “in continuità” e non propriamente liquidatorio.

Ciò stride con il dettato codicistico²⁵⁶ che stabilisce un’alternativa secca tra i due tipi di concordato e inoltre contrasta con lo sforzo raggiunto dal legislatore che ha previsto in positivo una definizione di concordato in continuità, assente nella previgente disciplina.

Alla luce di tali considerazioni, deve negarsi che il concordato liquidatorio possa presentare dei tratti propri, ma il suo perimetro viene ricavato per sottrazione rispetto all’unica figura disciplinata dal Codice, e cioè il concordato in continuità.

Un’ulteriore novità del CCII consiste nel fatto di aver dato rilevanza determinante alla conservazione dell’impresa nella sua dimensione oggettiva, a prescindere se la titolarità o la gestione della medesima venga affidata a terzi.

Lo strumento con il quale la gestione viene trasferita può essere la cessione, l’usufrutto, l’affitto (anche se stipulato prima, ma purché funzionale alla domanda di concordato), un’operazione straordinaria (fusione o scissione), il conferimento. Si tratta di un ventaglio di casi, esplicitamente non tassativo, e risalta la precisazione dell’affitto del quale tanto si era discusso sino all’ultimo approdo della Corte di cassazione²⁵⁷. Al fondo, appare chiara la scelta di campo di voler premiare la continuità non solo in via diretta in capo all’imprenditore in concordato, ma anche in via indiretta, equiparando tale due ipotesi.

E proprio per presidiare una siffatta equivalenza che si giustifica il requisito supplementare stabilito per la continuità indiretta, ovvero quello del mantenimento (o della riassunzione) per almeno un anno successivo all’omologazione, della metà della

²⁵⁵ *Ivi*, p. 392.

²⁵⁶ Come individuato dall’art. 84, comma 1, CCII.

²⁵⁷ Vd. nota n. 39.

media dei lavoratori dipendenti impiegati nei due esercizi anteriori rispetto al deposito del ricorso (cd “*clausola occupazionale*”). Diversamente tale requisito non viene previsto in caso di concordato con continuità diretta, a patto che sia comunque possibile l'attestazione sul ripristino dell'equilibrio economico finanziario prescritta dall'ultimo periodo dell'art. 84, comma 2, CCII.

Si tratta perciò di un requisito generale, comunque necessario perché si possa parlare di “*continuità indiretta*”, e ciò desta più di una perplessità, sia sul piano della legittimità che su quello dell'opportunità²⁵⁸.

L'articolo 84, comma 3, CCII prevede che «*nel concordato in continuità aziendale i creditori vengono soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta, ivi compresa la cessione del magazzino*». Tale disposizione introduce il criterio volto a discernere le situazioni in cui i realizzi provengano dalla liquidazione di asset, a fianco della prosecuzione dell'attività (in forma diretta o indiretta), i cosiddetti “*concordati misti*”.

²⁵⁸ In primo luogo, la norma presta il fianco a forti dubbi di legittimità costituzionale per eccesso di delega, posto che la legge delega non sembrava autorizzare l'introduzione di un regime giuridico della continuità indiretta così differente, fin sul piano dei requisiti essenziali. Certo, talune differenze di disciplina sono inevitabili e costituiscono un adattamento alle peculiarità dell'uno o dell'altro genere tipologico, come è ad esempio per la previsione concernente il riequilibrio finanziario, di cui all'ultima parte del 2° comma. L'eccesso di delega appare ancor più evidente se si considera che, ove il concordato non soddisfi tale requisito, in nessun caso si potrà parlare di continuità indiretta, con ciò vanificando la norma contenuta nella legge delega secondo cui il legislatore delegato avrebbe dovuto includere in tale ambito anche le ipotesi in cui il piano preveda la liquidazione di beni non più funzionali, a condizione che “i creditori vengano soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale”. Quale paradossale conseguenza si pensi così che un concordato che preveda di soddisfare i creditori unicamente grazie al ricavato della cessione dell'azienda in esercizio, senza alcun concorrente aspetto liquidatorio, ma al contempo senza soddisfare il requisito occupazionale, non avrebbe dignità di concordato in continuità indiretta.

Non solo, ma la norma rischia di essere viziata anche per irragionevolezza se non per violazione del principio di eguaglianza. Pur nella diversità di fattispecie, infatti, non si ravvisano ragioni per l'adozione di una disciplina che finisce con il premiare la continuità diretta, posto che: (i) l'impresa concordataria ha certamente più difficoltà di prosecuzione rispetto ad un terzo acquirente *in bonis*; (ii) proprio i lavoratori potrebbero essere più favorevoli a soluzioni che prevedano la cessione dell'azienda ad un terzo più “solido”; (iii) il piano di continuità diretta è certamente il più rischioso per i creditori per la intrinseca maggiore aleatorietà dell'attività di impresa rispetto al conseguimento di un prezzo – o di un valore – a fronte della cessione a terzi.

Viene quindi introdotto il principio generale che qualifica “in continuità” tali concordati, a patto che i creditori vengono soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta.

Si è reso necessario effettuare una valutazione circa la prevalenza della continuazione dell’attività rispetto alla componente meramente “liquidatoria”; prevalenza a sua volta distinta in “quantitativa” e “qualitativa”.

In particolare, esistevano due linee interpretative:

1. la prima, secondo la quale la prevalenza avrebbe carattere esclusivamente quantitativo, traducendosi in un confronto aritmetico fra masse attive funzionali al soddisfacimento dei creditori: il concordato avrà natura di continuità o liquidatoria a seconda che dall’una o dall’altra massa si ricavi la maggior parte delle utilità destinate ai creditori²⁵⁹;
2. la seconda, che rilevando l’insufficienza del mero dato quantitativo, afferma la necessità di tener conto anche dell’aspetto qualitativo, così da consentire l’apprrezzamento di altre circostanze, quali il mantenimento dell’unità aziendale o dei posti di lavoro.

Ma ai sensi del nuovo CCII non rileva il solo confronto fra il ricavato atteso dalla continuità ed il ricavato atteso dalla liquidazione di beni non più funzionali (in un’ottica esclusivamente quantitativa) ma viene prevista, quale elemento di spicco, la rilevanza oggettiva della continuità per il tramite della forza lavoro addetta; in ogni caso, la prevalenza si considera sempre sussistente quando i ricavi attesi dalla continuità per i primi due anni di attuazione del piano derivano da un’attività d’impresa alla quale sono addetti almeno la metà della media dei lavoratori in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso.

Pertanto, assume rilievo il tema occupazionale, al punto che viene introdotta una presunzione assoluta di prevalenza.

²⁵⁹ In questo senso, fra gli altri, Trib. Pistoia, 29 ottobre 2015, in *www.ilsocietario*, 8 gennaio 2016; Trib. Monza, 26 luglio 2016, in *Fall.*, 2017, p. 434 ss., con nota di P. GENOVIVA, *Il concordato preventivo “misto” alla prova della “restaurazione” della soglia minima di soddisfacimento per i crediti chirografari*; Trib. Arezzo, 13 luglio 2018, in *Fall.*, 2018, p. 1358 ss.

3.3.1.2. Altre innovazioni nella disciplina del concordato

La nuova disciplina rappresenta l'occasione per intervenire, semplificando e di risolvendo una serie di dubbi interpretativi sorti nel vigore della Legge fallimentare.

A tal punto le altre novità del CCII riguardano la previsione di ipotesi di suddivisione obbligatoria dei creditori in classi e il venir meno dell'adunanza dei creditori, sostituita da un meccanismo di voto telematico.

3.3.2. Ruolo chiave del commissario giudiziale nella prevenzione di abusi del concordato preventivo

Nell'ottica di evitare il rischio di un abuso del diritto da parte di un "imprenditore non meritevole" (che antepone i propri interessi a quelli dei creditori, possa sfruttare i benefici connessi a tale istituto) entra in gioco il commissario giudiziale, quale "*paladino regale*" del controllo di legalità.

In linea con tale logica di prevenzione, si può riscontrare l'attribuzione di nuovi poteri da parte del CCII a favore di tale soggetto, nominato in seguito alla domanda di accesso al concordato preventivo, con lo scopo di evitare un rallentamento nell'apertura della liquidazione giudiziale, e conseguente pregiudizio per i creditori concorsuali.

Il commissario giudiziale, al fine di garantire un corretto ed efficiente andamento della procedura, ha il potere di esercitare una costante e puntuale attività di vigilanza, analizzare i documenti contabili, valutare la proposta del debitore e informare gli altri organi della procedura e i creditori.

Il CCII, tratteggia all'art. 92 le nuove linee essenziali di tale organo, non più considerato come un mero ausiliario del giudice delegato, bensì una figura necessaria, a partire dall'apertura del concordato preventivo (anche "con riserva" così come concepito dall'art. 44 CCII) fino alla sua omologazione, nonostante il debitore conservi l'amministrazione dei beni.

Pertanto, gli viene riconosciuto un ruolo cruciale: egli è chiamato a riferire immediatamente al tribunale «*su ogni atto di frode ai creditori o grave mutamento delle*

condizioni o condotta del debitore manifestamente inadatta alla soluzione efficace della crisi»²⁶⁰.

Il corretto e puntuale assolvimento di questo compito dovrebbe essere agevolato dalla previsione di obblighi informativi periodici, relativi alla gestione economica, patrimoniale e finanziaria, cui è astretto il debitore che ha presentato la domanda di accesso alla procedura: su tale soggetto, ai sensi dell'art 44, comma 1, lett. c. , incombe l'obbligo di redigere una relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria che, entro il giorno successivo, è iscritta nel registro delle imprese su richiesta del cancelliere²⁶¹.

Ma il commissario giudiziale riveste un ruolo fondamentale anche in sede di esecuzione della proposta di concordato preventivo: qualora rilevi che il debitore non provveda all'adempimento delle obbligazioni derivanti dal concordato, ha la legittimazione a richiederne la risoluzione, su richiesta di almeno un creditore; il Codice²⁶² riconosce – diversamente dal disposto della l. fall. - la legittimazione ad agire a favore di tale soggetto²⁶³ affinché si eviti il perdurare delle procedure concordatarie per molti anni, in assenza di creditori che si assumono l'onere di richiedere giudizialmente la risoluzione²⁶⁴.

3.3.3. Nuovi principi di carattere processuale e potenziamento dei poteri di controllo del tribunale in sede di ammissione al concordato preventivo

I principi generali della delega citano espressamente la *«priorità di trattazione, fatti salvi i casi di abuso, alle proposte [di concordato preventivo] che comportino il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale, anche tramite un diverso imprenditore, purché funzionali al miglior soddisfacimento dei creditori e purché la valutazione di*

²⁶⁰ Art. 44, comma 1, lett. b, CCII. Sulla base del quale il tribunale, su segnalazione del commissario giudiziale o delle parti del procedimento o del pubblico ministero, può revocare il provvedimento di concessione dei termini assegnati al debitore per il deposito della proposta, del piano e della documentazione, o revocare il concordato, in caso di ammissione, sia in presenza di atti di frode ai creditori o di un grave mutamento delle condizioni o di una condotta del debitore inadatta all'efficace soluzione della crisi, sia in caso di violazione degli obblighi informativi periodici incombenti sul debitore.

²⁶¹ R. SANTAGATA, *op.cit.*, p. 359.

²⁶² Art. 119, 1° comma, CCII.

²⁶³ Tale soluzione appare ragionevole, in quanto il Commissario (unitamente al Liquidatore) ha il polso della situazione, a differenza di ciascun creditore, conoscendo la procedura in ogni sua sfaccettatura e, dunque, ha tutti gli strumenti per valutare l'opportunità della richiesta.

²⁶⁴ Una previsione siffatta era stata auspicata da G. SCOGNAMIGLIO, *Intervento al Seminario "Verso un nuovo diritto della crisi d'impresa?"*, in *Giur. comm.*, 2016, I, p. 922, proprio nella prospettiva di evitare la durata eccessiva della procedura concordataria.

convenienza sia illustrata nel piano, riservando la liquidazione giudiziale ai casi nei quali non sia proposta un'adeguata soluzione alternativa²⁶⁵».

Questo principio di carattere processuale risulta specificamente declinato dall'art. 7, comma 2, CCII, la cui formulazione prevede che in caso di simultanea pendenza della domanda di concordato preventivo e dell'istanza di liquidazione giudiziale, si riconosca prevalenza di trattazione alla prima; nel contempo ne delimita però, opportunamente, il raggio di applicazione alla sussistenza della duplice condizione che: *a)* nel piano di concordato con continuità aziendale sia espressamente indicata la convenienza per i creditori; *b)* la domanda medesima non sia manifestamente inammissibile o infondata.

Tale previsione, come indicata anche nella Relazione illustrativa al CCII, trova ragione proprio nell'istanza di scongiurare abusi del concordato a fini meramente dilatori, prevenendo, in particolare, l'uso strumentale ed opportunistico del concordato c.d. con riserva allorché siano state già presentate domande di liquidazione giudiziale.

Infatti, il combinato disposto degli artt. 7, comma 2, e 44, comma 1, lett. a), e comma 2, CCII vale a negare la legittimazione alla proposizione della domanda di c.d. pre-concordato al debitore del cui patrimonio sia stata già richiesta la liquidazione giudiziale²⁶⁶.

²⁶⁵ Art. 2, 1° comma, lett. g. L. n. 155/2017.

²⁶⁶ Pervero, dall'isolata lettura dell'art. 44, 1° comma, lett. a), potrebbe dedursi che la presenza di domande di liquidazione giudiziale avrebbe il solo effetto di precludere al tribunale la concessione della proroga di non oltre sessanta giorni, su istanza del debitore, del termine perentorio compreso tra trenta e sessanta giorni per il deposito della proposta, del piano e della documentazione richiesta dalla disciplina del concordato preventivo.

Così, tuttavia, non è, come chiarito dalla *Relazione illustrativa* del CCI.

Ed infatti, la norma testé citata pare destinata ad applicarsi soltanto allorché la domanda di concordato preventivo sia *antecedente* alla richiesta di liquidazione giudiziale: in tal caso quest'ultima avrebbe appunto l'effetto di impedire la concessione al debitore della proroga del termine per il deposito della documentazione.

Qualora, invece, il debitore sia stato già destinatario di un'istanza di liquidazione giudiziale, se intenderà presentare domanda di concordato preventivo ed avvalersi del beneficio della prevalenza di trattazione di quest'ultima, dovrà corredare la domanda stessa da proposta, piano e documentazione che possano convincere il tribunale della maggiore convenienza per il ceto creditorio della soluzione concordataria rispetto alla liquidazione giudiziale, come si evince dalla necessità di espressa indicazione, nel piano concordatario, della convenienza per i creditori della domanda di regolazione della crisi (cfr. art. 7, 2° comma, CCI).

«Ma, a ben vedere, questa definizione dei rapporti tra concordato preventivo e liquidazione giudiziale s'innesta in un disegno generale del novello legislatore teso ad accrescere sensibilmente i poteri di controllo del tribunale sul concordato preventivo²⁶⁷».

Infatti, le nuove disposizioni non prevedono più né l'automatica sospensione delle azioni esecutive e cautelari alla data di presentazione del ricorso²⁶⁸ né, almeno esplicitamente, un ricorso del debitore assimilabile al concordato con riserva.

O meglio, il tribunale ai sensi dell'art. 54 CCII può essere investito del potere di concedere la sospensione dei procedimenti cautelari ed esecutivi, indicandone la durata su richiesta del debitore, e può concedere al medesimo un termine compreso tra trenta e sessanta giorni- termine dimezzato confrontandolo con la legge fallimentare - per la presentazione della proposta, del piano e di altra documentazione con effetti sostanzialmente corrispondenti a quelli contemplati dall'*ex art.* 160, comma 6, l. fall.; tale facoltà accordata all'imprenditore non viene più concessa automaticamente ma all'esito di una serie di controlli: il tribunale accerta che la proposta di concordato sia comunque appetibile per i creditori, la cui soddisfazione rimane lo scopo principale dell'esito delle procedure concorsuali.

Sempre nell'ottica di prevenzione dell'uso dilatorio del concordato il legislatore subordina la proroga di questo termine, di non oltre sessanta giorni, su istanza del debitore, alla sussistenza di giustificati motivi e, come già suindicato, all'assenza di domande per l'apertura della liquidazione giudiziale²⁶⁹.

Dall'analisi di tali disposizioni emerge chiaramente l'atteggiamento del novello legislatore teso ad accrescere sensibilmente i poteri di controllo del tribunale, soprattutto in sede di ammissione del concordato preventivo²⁷⁰.

«Il nuovo ruolo assegnato al tribunale rivela, dunque, il radicale ripensamento legislativo di quel principio di autonomia delle scelte del debitore e dei suoi creditori che

²⁶⁷ R. SANTAGATA, *op.cit.*, p. 355.

²⁶⁸ Come previsto dal sistema della legge fallimentare all'art 168.

²⁶⁹ art. 44, comma 1, lett. a), CCII.

²⁷⁰ Ciò potrebbe forse spiegare la perdurante legittimazione all'accesso alla procedura anche delle imprese *in stato di insolvenza* (art. 85, 1° comma, CCI), pur al cospetto di argomentate proposte di riservare il concordato preventivo ai soli imprenditori *in stato di crisi*, inteso come «*probabilità di futura insolvenza*».

*aveva invece permeato la disciplina delle soluzioni concordate della crisi introdotta in occasione della riforma del 2005-2006, talora propiziandone l'uso distorto*²⁷¹».

Sul punto risulta essere necessario richiamare la nota sentenza delle Sezioni Unite²⁷², la quale ha risolto il contrasto interpretativo sorto all'interno della Prima Sezione sui limiti del potere del tribunale in ordine alla fattibilità del piano di concordato preventivo. Nell'offrire una soluzione a tale contrasto, le Sezioni unite hanno enucleato la distinzione tra "fattibilità giuridica" e "fattibilità economica" del concordato. La prima nozione si riferisce alla "*compatibilità delle modalità di attuazione del piano con norme inderogabili*", mentre la seconda consiste nella "*prognosi circa la possibilità di realizzazione della proposta nei termini prospettati*"²⁷³.

Mentre la giurisprudenza successiva all'arresto delle Sezioni Unite si è conformata al *dictum* della Suprema Corte, replicandone in maniera quasi pedissequa e letterale i contenuti, un Autorevole dottrina ha mosso critiche a questa distinzione.

Il CCII accoglie le istanze di questa parte della dottrina, seppur minoritaria, prevedendo l'ampliamento del perimetro del controllo giudiziale, e pertanto ammette direttamente il tribunale a giudicare la fattibilità economica secondo il suo prudente apprezzamento: all'organo giurisdizionale viene riconosciuto il potere di indagare sul merito della proposta a prescindere dalla proposizione di eventuali opposizioni, per di più, con la previsione di un duplice momento ove effettuare tale controllo sia in fase di ammissione sia in fase di omologa.

Uno degli elementi di grande novità è, oggi, l'utilizzo del termine "fattibilità economica" in tutte le norme riguardanti le soluzioni negoziali, non solo il concordato preventivo.

Si assiste, così, ad un'espansione delle prerogative del tribunale: il legislatore, ha, infatti, dato spazio al controllo giudiziale sui profili strettamente economici del piano presentato dal debitore, così sovvertendo il tradizionale principio secondo il quale il sindacato giudiziario non può giammai estendersi al merito delle scelte economiche dell'imprenditore.

²⁷¹ R. SANTAGATA, *op.cit.*, p.356.

²⁷² Cass. Sez.Un., n. 1521/2013.

²⁷³ C. RAVINA, "Fattibilità", in *IFallimentarista.it*, 05.06.2020.

«Pertanto, l'autorità giudiziaria, sulla base dei rilievi esposti dal commissario giudiziale, potrà sindacare l'effettiva possibilità di conseguire gli obiettivi pianificati, oltre che la giuridica realizzabilità del programma negoziale²⁷⁴».

Se da un lato, può ritenersi che l'approdo cui è giunta la riforma del Codice della Crisi e dell'Insolvenza sia del tutto coerente con la fisionomia, che va assumendo l'istituto del concordato preventivo, di procedura più spedita ed efficiente, destinata quasi in via esclusiva alle imprese realmente in grado di superare le crisi in cui versano.

Dall'altro lato il nuovo Codice, avendo ricondotto ad unità il requisito di fattibilità nell'ambito del controllo giudiziale, senza, però, esplicitare quali siano le regole extragiuridiche cui il giudice può far ricorso per dare concretezza alla suddetta verifica, può causare in primo luogo un eccessivo grado di invasività dell'organo giurisdizionale nei rapporti debitore-creditori, in secondo luogo può alimentare proprio quel livello di imprevedibilità delle decisioni giudiziali, che si mirava a contrastare nell'idea iniziale del progetto di riforma. Il rischio di un sensibile aumento di pratiche eterogenee fra i diversi tribunali potrebbe concretarsi in un'ulteriore e perdurante situazione di insicurezza e instabilità per le imprese italiane.

3.4. Altri presidi normativi del CCII contro l'abuso del concordato preventivo

La nuova disciplina contenuta nel CCII appare come il frutto – come attestato dalla stessa scelta di formulare principi e criteri di delega che hanno riguardato non già la totalità della materia ma solo singole porzioni della medesima – di un approccio diverso e più limitato; il legislatore sembra essere intervenuto in modo puntuale solo su singole componenti o frammenti di esso: non diversamente da quello che ha fin qui contraddistinto le modifiche nel tempo apportate alla legge fallimentare.

Una delle modifiche che, a parer mio, risulta essere rivoluzionaria della riforma del 2019 e si connota quale tema centrale della presente trattazione, consiste nella previsione di una serie di presidi normativi – oltre quelli analizzati, riguardanti direttamente la disciplina del concordato, altri previsti a livello sistematico - tesi a limitare l'utilizzo distorto e opportunistico di tale strumento a fini meramente dilatori, i quali verranno analizzati di seguito.

²⁷⁴ P. F. ZARI, "L'ipostatizzazione della fattibilità nel nuovo Codice della Crisi e dell'insolvenza", in Diritto.it, 16.07.2019

3.4.1. I doveri di correttezza e buona fede di debitore e creditori.

L'accentuata sensibilità del novello legislatore a questo tema si evince già dalla previsione dei doveri di correttezza e buona fede sia per il debitore che per i creditori, nella prima sezione del CCII "*principi generali*", i quali informano tutto il sistema di gestione della crisi e dell'insolvenza.

L'art. 3, comma 1, CCII è volto a responsabilizzare esplicitamente il debitore (imprenditore individuale ed organo amministrativo delle imprese collettive) ad una *«tempestiva rilevazione della crisi e della perdita della continuità aziendale»*, nonché impone l'assunzione immediata di iniziative necessarie a farvi fronte, al fine di evitare l'aggravamento della crisi, correggendone gli effetti e, ove possibile, eliminandone le cause. Al tal fine, gli imprenditori collettivi sono obbligati ad istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, che consenta il perseguimento di simili obiettivi²⁷⁵. Nelle società di capitali la mancata adozione di provvedimenti adeguati alla prevenzione, al trattamento ed alla risoluzione della crisi costituisce oggi grave irregolarità nella gestione ai sensi dell'art. 2409 c.c.

Il riformatore non ha però previsto specifiche modalità d'azione dell'imprenditore e, soprattutto, degli organi di amministrazione e controllo delle società di capitali, nella scelta degli strumenti apprestati dall'ordinamento per superare lo stato di crisi dell'impresa.

«Ed è proprio su questo piano che vengono allora in considerazione – oggi come ieri – le clausole generali, sovente invocate per sindacare la legittimità della scelta d'impresa effettuata dal debitore (e, più frequentemente, dagli organi di amministrazione delle società debitorici), quale è, nel caso in esame, il ricorso ad un concordato meramente dilatorio al fine di scongiurare gli effetti punitivi del fallimento/liquidazione giudiziale²⁷⁶».

Ma sul punto il nuovo Codice sembra fare un ulteriore passo: tenta di agevolare il sindacato dell'organo giurisdizionale esplicitando il dovere del debitore (oltrechè del creditore) di comportarsi secondo buona fede e correttezza, tanto nelle procedure di

²⁷⁵ L'art. 3 CCII richiama l'art. 2086 c.c., nel testo modificato dall'art. 375 CCII ed art. 3, 2° comma, CCII.

²⁷⁶ RENATO SANTAGATA, *op.cit.*, p. 353.

regolazione della crisi e dell'insolvenza, quanto durante le trattative che le precedono²⁷⁷. E, soprattutto, viene specificata la portata di tale dovere: viene sancito l'obbligo del debitore di tempestiva assunzione di tutte «*le iniziative idonee alla rapida definizione della procedura, anche al fine di non pregiudicare i diritti dei creditori*»²⁷⁸.

Questa puntualizzazione di un generale dovere di solidarietà sociale (previsto dall'art. 2 Cost.) è sicuramente apprezzabile, in quanto evita all'interprete il ricorso agli oscillanti parametri concettuali dell'abuso del diritto/del processo di cui si è finora avvalsa la giurisprudenza²⁷⁹, sancendo invece una regola positiva certa e dal contenuto agevolmente identificabile.

Viene ulteriormente previsto per il debitore il vincolo di gestione del patrimonio o dell'impresa durante la procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza «*nell'interesse prioritario dei creditori*», e dalla combinazione di tale obbligo con quello precedentemente richiamato, può ricavarsi l'ulteriore obbligo del debitore (e dell'organo amministrativo della società debitrice) di scegliere lo strumento di composizione che, all'esito di un «*giudizio prognostico di ragionevolezza economica*»²⁸⁰, risulti effettivamente più idoneo ed appropriato per il superamento della crisi.

L'art. 4 comma 1 del Codice richiama anche per i creditori il principio di buona fede e correttezza, contenuto nella disciplina generale delle obbligazioni all'art. 1175 c.c. In particolare, i creditori vengono apparentemente responsabilizzati, ponendo in capo ad essi un dovere di lealtà ed un obbligo di trasparenza nei rapporti non solo con la parte debitrice, ma anche con gli altri creditori e gli organi della procedura²⁸¹.

Giova sottolineare che già l'art. 182-*septies* l. fall. («*Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*») richiedeva un comportamento secondo buona fede, prevedendo che il tribunale debba procedere all'omologazione

²⁷⁷ Art. 4 CCII

²⁷⁸ Art. 4, 2° comma, lett. b), CCII

²⁷⁹ Si fa riferimento ai casi giurisprudenziali analizzati nel Cap. 2 della seguente trattazione.

²⁸⁰ Per taluni importanti spunti in questa direzione, cfr. già P. MONTALENTI, «*L'abuso del diritto nel diritto commerciale*», in *Riv. dir. civ.*, 2018, I, p. 900 s., che richiama al proposito anche l'art. 6, lett. e), L. n. 155/2017.

²⁸¹ A. NOVARESE E B. BERTUZZI, «*Appunti in tema di dovere di lealtà dei creditori nel nuovo Codice della crisi*», in *www.dirittobancario.it*, 05.06.2019

previo accertamento, avvalendosi ove occorra di un ausiliario, che le trattative si siano svolte in buona fede.

«I nuovi obblighi sono, quindi, da collocare all'interno di un processo non conflittuale di composizione degli interessi di creditori e debitore, che si allontana dal tradizionale modello di preferenza degli interessi dei primi rispetto al secondo²⁸²».

In linea con la tendenza del riformatore tesa a far emergere preventivamente la crisi, si pone tale disposizione che ha lo scopo di sollecitare l'attività degli organi della procedura, nonché dei creditori stessi, verso il superamento tempestivo della situazione di difficoltà, mediante soluzioni di ristrutturazione idonee.

Il legislatore, in questo modo, pone un freno all'abuso della procedura di concordato preventivo.

Ma la prevenzione dell'uso meramente dilatorio del concordato preventivo è però affidata dal nuovo Codice non già alla mera esplicitazione e specificazione dei doveri del debitore, bensì ad una serie di specifiche novità, che, se correttamente applicate, dovrebbero rendere in futuro del tutto superfluo il richiamo dell'abuso del diritto/processo nel presente contesto.

3.4.2. Introduzione delle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi.

Come accennato precedentemente²⁸³ le procedure di allerta e di composizione della crisi sono concepite come *«strumenti stragiudiziali e confidenziali di sostegno alle imprese, diretti ad una rapida analisi delle cause del malessere economico e finanziario dell'impresa²⁸⁴».*

Tali meccanismi riflettono la nuova concezione della crisi di impresa e dell'insolvenza, la quale è chiaramente ispirata alla *rescue culture* e alla *second chance* di derivazione statunitense, teorizzate nel *Chapter 11* dello *U.S. Bankruptcy Code*, secondo cui privare le imprese in crisi della possibilità di ristrutturarsi finisce inevitabilmente per danneggiare il mercato stesso, i creditori e, più in generale, l'intera economia.

²⁸² Ibidem.

²⁸³ vd. par. n.2

²⁸⁴ M. CAVALLARO, "La legge delega di riforma della crisi d'impresa", in *Il Civilista*, Milano, 2017, p.22

In tale contesto il legislatore della riforma ha costruito la procedura di allerta sulla base dei seguenti punti-chiave²⁸⁵:

- a) la definizione di precisi indicatori della crisi;
- b) la creazione di un apposito organismo con il compito di gestire il procedimento di allerta e di composizione assistita della crisi²⁸⁶;
- c) la previsione di precisi obblighi di segnalazione in capo a determinati soggetti qualificati;
- d) l'obbligo a carico dell'imprenditore di: dotarsi di appositi modelli organizzativi; rilevare tempestivamente l'esistenza degli indici della crisi; e adottare sollecitamente le misure più idonee per la composizione della crisi;
- e) la previsione di misure premiali, per incentivarne l'utilizzo, per il debitore che abbia tempestivamente attivato la procedura di composizione assistita della crisi, le quali possono consistere nell'esclusione o attenuazione della responsabilità penale oppure in una riduzione degli interessi e delle sanzioni correlati ai debiti fiscali dell'impresa.

L'ambito di applicazione del procedimento di allerta è definito all'art 12, commi da 4 a 9, CCII, sia in termini positivi, sia in termini negativi²⁸⁷. Il principio generale, infatti, è

²⁸⁵ STEFANO BASTIANON, "Early warning, allerta e probability of default nel nuovo Codice della crisi d'impresa", in *IlFallimentarista.it*, 14.05.2019.

²⁸⁶ Il cd. Organismo di composizione assistita della crisi, istituito presso ciascuna Camera di Commercio, Industria e Artigianato, il quale: nomina un Collegio di tre esperti aventi determinati requisiti di professionalità; su istanza del debitore, svolge la funzione di mediatore tra quest'ultimo ed i creditori, facilitando la conclusione di un accordo che deve intervenire entro il termine massimo di sei mesi; convoca, in via riservata e confidenziale, il debitore e se si tratta di società dotata di organi di controllo, anche i componenti di questi ultimi, al fine di individuare nel più breve tempo possibile, previa verifica della situazione patrimoniale, economica e finanziaria esistente, le misure idonee a porre rimedio allo stato di crisi. Il Collegio di esperti, a sua volta, deve verificare se nel termine assegnato dalla legge è stata raggiunta la soluzione concordata della crisi e, qualora ciò non sia avvenuto e non vi siano soluzioni alternative, deve darne immediata.

²⁸⁷ Sono, invece, espressamente esclusi, i seguenti soggetti:

- i) le grandi imprese, i gruppi di imprese di rilevante dimensione, le società con azioni quotate in mercati regolamentati, o diffuse fra il pubblico in misura rilevante secondo i criteri stabiliti dal Regolamento della Consob concernente la disciplina degli emittenti;
- ii) le banche, le società capogruppo di banche e le società componenti il gruppo bancario;
- iii) gli intermediari finanziari iscritti nell'albo di cui all'articolo 106 del D. Lgs. 1° settembre 1993, n. 385;
- iv) gli istituti di moneta elettronica e gli istituti di pagamento;
- v) le società di intermediazione mobiliare, le società di gestione del risparmio, le società di investimento a capitale variabile e fisso, le società capogruppo di società di intermediazione mobiliare e le società componenti il gruppo;

che la procedura di allerta si applica ai debitori che svolgono attività imprenditoriale, sia in forma individuale, sia in forma collettiva. Per espressa previsione del comma 7, a tali soggetti devono aggiungersi anche le imprese agricole e le imprese minori.

Delineati i connotati essenziali delle procedure di allerta e prevenzione, mi limito qui a segnalare, per quanto interessa in questa sede, le loro finalità di:

- a) incentivare l'emersione anticipata della crisi;
- b) agevolare, entro un termine non superiore a tre mesi lo svolgimento di trattative tra debitori e creditori volte alla sua soluzione stragiudiziale;
- c) in caso di mancato raggiungimento di un accordo²⁸⁸, propiziare il tempestivo ricorso alla procedura concorsuale più idonea entro trenta giorni dalla scadenza del termine di tre mesi²⁸⁹, rendendo così possibile, per un verso, una più ordinata ed efficiente liquidazione giudiziale e, per altro verso, il più efficace perseguimento, da parte di un concordato preventivo precocemente avviato, del recupero della continuità aziendale dell'impresa in crisi.

L'idea che ne è alla base è semplice: quanto più è precoce la rilevazione di una crisi (o dei suoi prodromi), tanto più tempestiva può essere l'adozione di misure idonee, quali il concordato preventivo, con lo scopo di conseguire il superamento di tale crisi, evitando così la possibile distruzione di valore generata dal ritardo nei tempi di risposta alla crisi.

vi) i fondi comuni di investimento, le succursali di imprese di investimento e di gestori esteri di fondi di investimento alternativi; i depositari centrali;

vii) le fondazioni bancarie di cui al D. Lgs. 17 maggio 1999, n. 153;

viii) la Cassa depositi e prestiti di cui al D.L. 30 settembre 2003, n. 269, convertito con modificazioni dalla l. 24 novembre 2003, n. 326;

ix) i fondi pensione;

x) le imprese di assicurazione e riassicurazione di cui al codice delle assicurazioni private, di cui al D.Lgs. 7 settembre 2005, n.209.

xi) le società fiduciarie di cui all'art 199 del T.U. delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria di cui D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58; le società fiduciarie, le società fiduciarie e di revisione e gli enti di gestione fiduciaria disciplinati dalla L. 23 novembre 1939, n. 1966; le società di cui all'articolo 2 del D.L. 5 giugno 1986, n. 233, convertito, con modificazioni, dalla L. 1 agosto 1986, n. 430; le società fiduciarie di cui all'art. 60, comma 4, del D. Lgs. 23 luglio 1996, n. 415.

²⁸⁸ Con la supervisione e l'approvazione di un collegio di esperti designato dall'Organismo di composizione della crisi tramite il referente incaricato.

²⁸⁹ Art. 21, comma 1, CCII.

3.4.3. Preclusione all'accesso agli strumenti di composizione della crisi d'impresa da parte di imprenditori (e società) cancellati dal registro delle imprese.

Altra importante innovazione, nella peculiare prospettiva del presente contributo, è il definitivo chiarimento che pone fine alla questione più volte sottoposta al vaglio della giurisprudenza: circa l'ammissibilità della domanda di accesso alla procedura di concordato preventivo o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti presentata da imprenditori (o società) cancellati dal registro delle imprese²⁹⁰.

Viene richiamata a tal punto una recente sentenza della Corte di Cassazione²⁹¹, la quale conformandosi a un non lontano precedente giurisprudenziale di legittimità²⁹², ha evidenziato come «*il combinato disposto degli artt. 2495, c.c., e 10, l. fall., impediscano al liquidatore della società cancellata dal registro delle imprese, di cui, entro l'anno dalla cancellazione, sia domandato il fallimento, di richiedere il concordato preventivo*». Quest'ultima procedura, infatti, diversamente dalla prima, che ha finalità solo liquidatorie, tende alla risoluzione della crisi di impresa, sicché l'intervenuta e consapevole scelta di cessare l'attività imprenditoriale, necessario presupposto della cancellazione, ne preclude *ipso facto* l'utilizzo, per insussistenza del bene al cui risanamento essa dovrebbe mirare.

La maggiore critica ricevuta da questo orientamento è che non vi sarebbe alcuna norma, tra quelle dettate per la disciplina del concordato preventivo, che richiami l'art. 10, l. fall., e che una applicazione analogica estensiva oltre gli effetti estintivi derivanti dalla cancellazione dal registro delle imprese, non sarebbe possibile in ragione della diversità di presupposti alla base delle due procedure concorsuali.

A tal punto risulta innovativo, nella peculiare prospettiva del presente contributo, il definitivo chiarimento del Codice che in una specifica disposizione²⁹³ pone fine al dibattito sulla materia e disciplina in maniera puntuale l'inammissibilità della domanda di accesso alla procedura di concordato preventivo o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti presentata da imprenditori (o società) cancellati dal registro delle imprese.

²⁹⁰ Art. 33, 4° comma, CCII.

²⁹¹ Sentenza Cass. n. 4329/20, depositata il 20 febbraio 2020.

²⁹² vd. Cass. n. 21286/15.

²⁹³ art. 33, 4° comma, CCII.

«Tale preclusione consente finalmente di estirpare in radice il rischio che il concordato preventivo sia richiesto all'esclusivo fine di soddisfare le finalità meramente dilatorie dei soci illimitatamente responsabili di società di persone interessati ad evitare il coinvolgimento dei propri patrimoni personali nella procedura di liquidazione giudiziale²⁹⁴». Viene così posto fine ad uno dei più significativi abusi del concordato preventivo perpetrati nel recente passato, evitando che i creditori sociali possano rischiare di perdere la garanzia supplementare dei patrimoni personali dei soci illimitatamente responsabili.

Diversamente, viene rimproverata al Codice la mancata previsione di una disposizione *ad hoc* che preveda in caso di presentazione di una domanda di concordato in bianco, la sospensione del decorso del termine annuale per l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale anche nei confronti dei soci illimitatamente responsabili di una società di capitali, risultante dalla trasformazione, dalla fusione o dalla scissione di società di persone. Si richiamano a tal punto i doveri previsti dall'art. 4, 2° comma, lett. b) e c), CCII a carico del debitore, onde assicurare ai creditori sociali che, nel termine di sessanta giorni dal ricevimento della comunicazione prevista dall'art. 2500-quinquies c.c.²⁹⁵, abbiano negato il consenso alla liberazione dei soci illimitatamente responsabili, di poter acquisire i relativi patrimoni personali nel caso di dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale della società interessata da operazioni straordinarie conseguente ad inammissibilità, diniego dell'omologazione, risoluzione o annullamento del concordato preventivo.

²⁹⁴ R. SANTAGATA, *op.cit.*, p. 360.

²⁹⁵ Art 2500-quinquies c.c: “La trasformazione non libera i soci a responsabilità illimitata dalla responsabilità per le obbligazioni sociali sorte prima degli adempimenti previsti dal terzo comma dell'articolo 2500, se non risulta che i creditori sociali hanno dato il loro consenso alla trasformazione. Il consenso si presume se i creditori, ai quali la deliberazione di trasformazione sia stata comunicata per raccomandata o con altri mezzi che garantiscano la prova dell'avvenuto ricevimento, non lo hanno espressamente negato nel termine di sessanta giorni dal ricevimento della comunicazione”.

Conclusioni

Il presente contributo si pone quale scopo quello di indagare le ragioni alla base delle modifiche apportate dal nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza all'istituto del concordato preventivo.

Da tale analisi emerge preliminarmente che uno dei motivi che ha spinto il legislatore ad intervenire deve essere sicuramente rintracciato nel diffondersi di una illecita prassi nei tribunali italiani che ha visto quali protagonisti imprenditori/debitori ormai decotti, i quali hanno tratto una serie di vantaggi dall'uso abusivo dello strumento concorsuale: essi - presentando domande di concordato - hanno cercato di prevenire la dichiarazione di fallimento e più specificatamente tutti gli effetti negativi a questa connessi, secondo l'impianto della legge fallimentare.

A tal proposito abbiamo analizzato una serie di casi giurisprudenziali e seppur in maniera diversa in entrambi i casi gli organi giurisdizionali, utilizzando gli strumenti a loro disposizione, hanno cercato di trovare una soluzione a tale problema, reprimendo l'uso abusivo del concordato.

Il CCII sembra avvertire tali problematiche di fondo e si orienta nel senso di fornire una soluzione: il legislatore ha adottato molteplici novità, anche se ha mantenuto inalterata la disciplina sia del concordato preventivo, sia di altre procedure concorsuali come gli accordi di ristrutturazione e la liquidazione giudiziale (*ex. fallimento*).

Il riformatore ha modificato l'impostazione di base dello strumento concordatario, privilegiando il valore della continuità e della ristrutturazione dell'impresa, in un'ottica anche di tutela dei posti di lavoro.

La nuova disciplina favorisce il concordato in continuità, prevedendo una serie di agevolazioni, misure premiali ma anche ulteriori cautele informative; tale tipologia di concordato continua comunque a rappresentare un elevato rischio per i creditori concordatari, i quali potrebbero veder diminuite le consistenze patrimoniali perché assorbite dai nuovi crediti, sorti in pendenza della procedura, i cd. crediti prededucibili²⁹⁶.

²⁹⁶ Per crediti prededucibili si intendono quelli che nel corso di una procedura concorsuale, devono essere liquidati al di fuori del riparto dell'attivo, ossia fuori dal concorso. Ciò deriva dal principio per cui il patrimonio del debitore utile al soddisfacimento dei creditori concorsuali è quello che residua dopo il

Nel nuovo sistema il concordato liquidatorio viene ammesso solo quale eccezione, ovvero solo nel caso in cui viene previsto un apporto di risorse esterne, che aumenti apprezzabilmente il soddisfacimento dei creditori chirografari, altrimenti si opta per la procedura di liquidazione giudiziale, più snella e veloce.

Questa appunto è la vera rivoluzione del Codice, da un lato l'intervento riflette l'esigenza di enfatizzare la tutela del valore della continuità - in misura maggiore rispetto al passato - al pari di altri ordinamenti, dall'altro lato ridisegna i confini fra le due principali procedure concorsuali, quella appunto del concordato preventivo e della liquidazione giudiziale.

Per cui il CCII precludendo a monte l'uso dilatorio ed opportunistico di tale strumento di regolazione della crisi, si pone come un tentativo volto ad elidere ogni spazio per il ricorso della giurisprudenza alla clausola dell'abuso del diritto/processo in tema di concordato preventivo, per favorire un utilizzo di tale strumento secondo legalità e per dare maggiore certezza al diritto vivente.

Resta però il dubbio che il sotteso tentativo sia stato per altro verso compromesso e disatteso dall'estensione del controllo del tribunale alla fattibilità economica del piano concordatario.

Se da un lato il Codice - rispetto all'ormai vetusta legge fallimentare del '42 - offre una più aggiornata, armonica ed articolata risistemazione del diritto concorsuale, risultando portatore di una diversa filosofia: nel senso di non solo sanzionare, ma ancor prima prevenire le situazioni di crisi; dall'altro lato emergono una serie di lacune e criticità che caratterizzano la nuova disciplina, alcune di queste sono state oggetto di un recente decreto correttivo²⁹⁷.

pagamento delle spese e dei debiti contratti per l'amministrazione della procedura stessa, i quali non possono subire la falcidia cui sono soggetti gli altri crediti e devono quindi essere "pre-dedotti" (sottratti *ex ante*) dall'attivo disponibile.

Nel concordato preventivo godono del trattamento preferenziale (cd. prededuzione) i crediti che attengono sia alla prosecuzione dei contratti pendenti, per il periodo successivo all'ammissione, sia quelli instauratisi successivamente come nuovi rapporti, purché in conformità del piano industriale omologato da parte del tribunale, in modo che così si realizzi quella piena coerenza tra le obbligazioni assunte dall'impresa in concordato ed il piano approvato.

²⁹⁷ In occasione della seduta tenutasi in data 13 febbraio 2020 il Consiglio dei Ministri ha approvato, in esame preliminare e in applicazione della menzionata legge n. 20 del 2019, il primo decreto integrativo e correttivo, mediante il quale ha provveduto a:

(i) chiarire il contenuto di alcune disposizioni del Codice della crisi d'impresa;

Passo ad un ultimo ordine di considerazioni, che attengono alle criticità della nuova disciplina.

Come ho già precedentemente esposto, la proposta di concordato preventivo con contenuto liquidatorio non sarebbe ammissibile se non quando vi sia un apporto di risorse esterne che aumenti apprezzabilmente il soddisfacimento dei creditori chirografari. Si tratta di una scelta del nuovo legislatore ampiamente discutibile: da un lato, tale impostazione mostra una profonda sfiducia non solo nella capacità dei creditori di autotutelarsi ma anche nella capacità degli organi della procedura di prevenire e/o reprimere eventuali abusi dello strumento del concordato con cessione dei beni; dall'altro lato un'analogha regola è stata prospettata anche per la proposta di concordato nella liquidazione giudiziale avanzata dal debitore. La giustificazione che era stata data per la regola dettata per il concordato preventivo era che soluzioni liquidatorie che non incrementino il soddisfacimento dei creditori debbano trovare collocazione nel quadro della liquidazione giudiziale, che offre maggiori certezze e garanzie.

Proprio alla luce di tale giustificazione si sarebbe allora dovuto consentire al debitore di proporre con maggiore facilità un concordato con contenuto liquidatorio almeno nel quadro, appunto, della liquidazione giudiziale²⁹⁸. Inoltre, la necessità di un apporto esterno, nel concordato liquidatorio giudiziale, è prevista solo per la proposta del debitore non anche per quella di un creditore o di un terzo: ciò fa sorgere dei dubbi circa la ragionevolezza della disposizione.

- (ii) apportare modifiche dirette a un migliore coordinamento della disciplina dei diversi istituti previsti dal nuovo Codice;
- (iii) chiarire la nozione di crisi, sostituendo al termine «difficoltà» il termine «squilibrio», ritenuto più corretto secondo i parametri della scienza aziendalistica, nonché ridefinendo il c.d. indice della crisi, in modo da renderlo maggiormente descrittivo di una situazione di insolvenza reversibile piuttosto che di una situazione di predizione di insolvenza;
- (iv) riformulare le norme riferite alle situazioni in presenza delle quali è possibile presumere lo svolgimento, da parte di un'impresa, dell'attività di direzione e coordinamento;
- (v) chiarire la nozione di 'gruppo di imprese', precisando che sono esclusi dalla definizione normativa, oltre allo Stato, anche gli enti territoriali;
- (vi) ridefinire le misure protettive del patrimonio del debitore, individuando il momento in cui si attua l'intervento dell'autorità giudiziaria;
- (vii) rendere più stringenti le norme relative all'individuazione del componente degli Organismi di composizione della crisi d'impresa (OCRI) riconducibile al debitore in crisi.

²⁹⁸ A. NIGRO, "La riforma delle procedure concorsuali in Italia: uno sguardo d'insieme", in *Ildirittodegliaffari.it*, 05.12.2018.

Vengono inoltre individuate delle gravi lacune che caratterizzano più specificatamente la nuova disciplina del concordato preventivo. Si tratta delle disposizioni dettate in materia di opposizione alla omologazione da parte dei creditori dissenzienti per ragioni di convenienza (o meglio di non convenienza) della soluzione concordataria. La normativa vigente stabilisce che una simile opposizione possa essere proposta: nel caso in cui vi sia la suddivisione in classi, da un creditore dissenziente appartenente ad una classe, ove invece questa non sia stata prevista, è necessario che ricorrano creditori che rappresentino almeno il 20% dei creditori ammessi al voto. Si tratta di una disciplina che si traduce in un grave ed ingiustificato *vulnus* ai diritti dei creditori concorrenti e che solleva seri dubbi di legittimità costituzionale sotto il profilo della sua assoluta irragionevolezza²⁹⁹. Un' irragionevolezza che risulta più evidente operando un confronto con la procedura degli accordi di sovraindebitamento, in questo caso infatti si consente al singolo creditore dissenziente di contestare la convenienza dell'accordo.

Per cui ritengo che attraverso tale riforma il legislatore, nell'intento di novellare l'intero diritto concorsuale, avrebbe dovuto prevedere una regolamentazione compatta dei vari strumenti che presentano una struttura simile, evitando situazioni di contrasto.

In conclusione, procedendo ad un'analisi sistematica della nuova disciplina del concordato preventivo emerge fin da subito che se non può che apprezzarsi il tentativo del riformatore di elidere ogni spazio per il ricorso della giurisprudenza alla clausola generale dell'abuso del diritto/processo in tema di concordato preventivo, al fine di estirpare tale prassi, al contempo però l'insieme di stringenti misure a tal fine predisposte, finisce per rendere troppo difficoltoso, se non impossibile, l'accesso a questa procedura anche là dove essa, se correttamente ed efficacemente gestita, avrebbe potuto invece assicurare ai creditori un più celere soddisfacimento rispetto alla liquidazione giudiziale. Perciò il nuovo assetto non premia il concordato preventivo: maggiori difficoltà nell'accesso, più intensi e più numerosi controlli eteronomi mostrano con nitidezza una sfiducia verso tale strumento, al cospetto di nuove aperture per gli accordi di ristrutturazione.

Non si può stimare ora, nonostante gli studi di settore, quale sarà l'impatto, ma certo è che si è avviato un percorso per cui secondo criteri di razionalità ci saranno sì meno

²⁹⁹ Ibidem.

concordati, ma quelli che ci saranno dovranno essere, per più ragioni, notevolmente migliori rispetto a quelli attuali.

Lo scenario di riferimento è tuttavia radicalmente mutato a seguito dell'emergenza pandemica da Covid-19, il cui impatto sulla realtà degli operatori economici si è rivelato così traumatico da spingere il legislatore a rinviare l'entrata in vigore del CCII al 1° settembre 2021 con il cd. “Decreto liquidità” (D.L. 8.04.2020 n.23), che ha apportato una serie di modifiche ed è intervenuto quale forma di sostegno per le imprese italiane³⁰⁰.

«Il dato di fatto che ne emerge è quello di un contesto dove il pendolo del legislatore sembra orientarsi verso un allontanamento, quantomeno temporaneo, da dinamiche particolarmente virtuose nell'emersione della crisi, riavvicinandosi nel contempo ad una dimensione di maggiore tolleranza nei confronti di situazioni di squilibrio economico-finanziario sulle quali, a torto o a ragione, aleggia lo spettro della pandemia³⁰¹».

Da tutto quanto ho fin qui detto, emerge che la riforma ha molte luci, ma anche molte ombre: risulta essere sicuramente un intervento particolarmente innovativo, che tenta di riflettere ed essere al passo con il nuovo volto dell'economia, ma al tempo stesso rappresenta un'ulteriore occasione mancata di realizzare una riforma veramente organica e soddisfacente.

Si spera che nel tempo intercorrente la sua entrata in vigore, il legislatore proceda a modificare e correggere le imperfezioni.

³⁰⁰ Prevede in particolare quattro interventi consistenti, in sintesi:

- nella proroga di sei mesi dei termini di adempimento dei concordati preventivi e degli accordi di ristrutturazione che abbiano già conseguito con successo l'omologa da parte del tribunale al momento dell'emergenza epidemiologica;
- in relazione ai procedimenti di omologa dei concordati preventivi e degli accordi di ristrutturazione ancora pendenti alla data del 23 febbraio 2020, nella possibilità per il debitore di ottenere dal Tribunale un nuovo termine per elaborare ex novo una proposta di concordato o un accordo di ristrutturazione;
- sempre in relazione ai procedimenti di omologa dei concordati preventivi e degli accordi di ristrutturazione ancora pendenti alla data del 23 febbraio 2020, nella possibilità per il debitore di optare per una soluzione più snella, consistente nella modifica unilaterale dei termini di adempimento originariamente prospettati nella proposta e nell'accordo;
- nella introduzione di un nuovo termine “secco” di novanta giorni di cui si può avvalere il debitore cui sia stato concesso, alternativamente, termine ai sensi dell'art. 161, comma sesto, l. fall. (c.d. “preconcordato” o “concordato in bianco”) o termine ai sensi dell'art. 182 bis comma settimo l. fall.

³⁰¹ PROF. AVV. ANTONINO ILACQUA, “Le criticità irrisolte del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza nel contesto dell'emergenza COVID-19”, in www.dirittobancario.it, 21.05.2020.

Bibliografia

AA.VV., *Commentario breve alla legge fallimentare*, diretto da A. MAFFEI ALBERTI, Padova, 2013.

ALESSANDRO G., *Il nuovo concordato preventivo dopo il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Camminodiritto.it, 2019.

AMATORE R.-JEANTET J, *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, 2013.

AMATORE R., *Abuso del diritto nel concordato*, *IlFallimentarista*, 2020.

AMBROSINI S., *Appunti "flash" sull'art. 182-quater della legge fallimentare*, *IlCaso.it*, 2010.

AMBROSINI S., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Tratt. Cottino, XI, Padova, 2008.

AMBROSINI S., *Il diritto della crisi d'impresa nella legge n. 132 del 2015 e nelle prospettive di riforma*, *Crisi d'Impresa e Fallimento*, 2015.

ANDREANI G., *Crisi di impresa le nuove disposizioni fallimentari e fiscali*, *Il Fisco*, 2015.

ARATO M., *Speciale Decreto Sviluppo: il concordato con continuità aziendale*, *IlFallimentarista*, 2012.

AUDINO A., *Art 180. l. fall.*, *Commentario breve alla legge fallimentare*, a cura di Maffei Alberto, 6 edizione, Padova, 2013.

BASTIANON S., *Early warning, allerta e probability of default nel nuovo Codice della crisi d'impresa*, *IlFallimentarista.it*, 2019.

BOTTAI L.A., *Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale*, *Fallimento*, 2012.

BOZZA G., *Il trattamento dei creditori privilegiati nel concordato preventivo*, *Fallimento*, 2012.

BUTERA A., *Moratoria. Concordato preventivo. Procedura dei piccoli fallimenti*, Torino, 1938.

CAGNASSO O. - PANZANI L., *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, tomo terzo, Torino, 2016.

CALANDRA BUONAURA V., *Intervento al Seminario Verso un nuovo diritto della crisi d'impresa?*, Giurisprudenza Commerciale, fasc. 1, 2016.

CAMPIONE L., MOLteni B., *Proposte concorrenti di concordato*, *Il Fallimentarista*, 2020.

CAMPIONE L., *Offerte concorrenti di concordato*, *Il Fallimentarista* 2020.

CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale I*, Diritto dell'impresa, Torino, 2019.

CARRATTA A., *Il procedimento di apertura delle procedure concorsuali: dalla legge delega al codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Il diritto fallimentare e delle società commerciali, 2019.

CAVALLARO M., *La legge delega di riforma della crisi d'impresa*, *Il Civilista*, Milano, 2017.

CECCHIELLA C., *Il processo e l'istruttoria*, *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da VASSALLI F., LUISO F.P., GABRIELLI E., vol. II, Il processo di fallimento, Torino, 2014.

DE SANTIS F., *Il processo per la dichiarazione di fallimento*, *Tratt. dir. com. e dir. pubbl. econ.*, LXIII, Padova, 2012.

DI MARZIO F., *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011.

DI MARZIO F., *La riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Osservazioni sulla legge delega*, Milano, 2018.

DIDONE A., *Le riforme delle procedure concorsuali*, Tomo II, Milano, 2016.

FABIANI M., *Autonomia ed eteronomia nella risoluzione dei conflitti nel nuovo diritto concorsuale*, *Fallimento*, 2008.

FABIANI M., *Concordato preventivo per cessione dei beni e predeterminazione delle modalità della liquidazione*, Fallimento, 2010.

FABIANI M., *Il concordato con piano di continuità dopo il codice della crisi*, Il Foro Italico, fasc. 2, 2020.

FABIANI M., *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, IlCaso.it, 2015

FILOCAMO F.S., *Commento sub art 179 l. fall.*, La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico, a cura di FERRO, Padova, 2008

GALLETTI D., *La ripartizione del rischio di insolvenza*, Bologna, 2006

GALLETTI D., *Sub art 160, Commentario alla legge fallimentare*, diretto da CAVALLINI, III, Milano, 2010.

GUERRARA F., *La regolazione negoziale della crisi e dell'insolvenza dei gruppi di imprese nel nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza*, Il diritto fallimentare e delle società commerciali, Torino, 2019.

GUIDOTTI R., *Misure urgenti in materia fallimentare: le modifiche alla disciplina del fallimentare le disposizioni dettate in tema di proposte concorrenti*, IlCaso.it, 2015

ILACQUA A., *Le criticità irrisolte del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza nel contesto dell'emergenza COVID-19*, www.dirittobancario.it, 2020.

JORIO A., *Il concordato preventivo: struttura e fase introduttiva*, Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma, diretto da JORIO E FABIANI, Bologna, 2010

LICCARDO P., *Art 161 l. fall., Il concordato preventive e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, a cura di NIGRO-SANDULLI-SANTORO, Torino, 2014

LO CASCIO G., *Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, decima edizione, Milano, 2017.

LO CASCIO G., *Sub. art. 186-bis, Codice commentato del fallimento*, III edizione, Milano, 2015

MANFEROCE T., *Sub art.175, Codice commentato del fallimento*, Milano, 2013

MAROTTA F., *L'armonizzazione europea delle discipline nazionali in materia d'insolvenza: la nuova Direttiva Europea riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione*, *IlCaso.it*, 2019.

MARZO S., *Prevenzione rispetto al fallimento*, *IlFallimentarista*, 2016.

MONTALENTI P., *L'abuso del diritto nel diritto commerciale*, *Riv. dir. civ.*, fasc. 1, 2018.

MONTANARI M., *Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: profili generali e processuali*, *Rivista di diritto processuale*, fasc. 1, 2020.

MONTANARI M., *Il procedimento unitario per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza e i riflessi indiretti sulle banche*, *IlCaso.it*, 2019.

NARDECCHIA G.B., *Nuova proposta di concordato, istanza di fallimento, e poteri del tribunale in sede di ammissione*, *Fallimento*, 2011

NIGRO A.- VATTERMOLI D., *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, 2014

NIGRO A., *I gruppi nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: notazioni generali*, *IlCaso.it*, 2020.

NIGRO A., *La riforma delle procedure concorsuali in Italia: uno sguardo d'insieme*, *IlDirittodegliAffari.it*, 2018.

NONNO G.M., *La concorrenza nel concordato preventivo: proposte competitive*, *Il Quotidiano Giuridico Wolkers Kluwer*, 2015.

NORELLI E., *Il giudizio di omologazione nel concordato preventivo*, *R.es.f.*, 2008

NOVARESE A. E BERTUZZI B., *Appunti in tema di dovere di lealtà dei creditori nel nuovo Codice della crisi*, DirittoBancario.it, 2019.

PACCHI S., D'ORAZIO L. E COPPOLA A., *Il concordato preventivo, Le riforme della legge fallimentare*, a cura di Didone, II, Torino, 2009

PACCHI S., D'ORAZIO L., COPPOLA A., *Il concordato preventivo, Le riforme della legge fallimentare*, a cura di A. Didone, Torino, 2009.

PALETTA A., *Art 160 l. fall., La legge fallimentare*, a cura di FERRO, 3^a ed., Padova, 2014

PANZANI L., *La disciplina delle crisi di gruppo tra proposte di riforma e modelli internazionali*, Fallimento, 2016.

PANZANI L., *Le alternative al fallimento. Il concordato e gli accordi di ristrutturazione dopo il D.L 83/2015*, Nuovo dir. Soc, 2015

PANZANI L., *Osservazioni al disegno di legge n.3201 di conversione in legge del decreto-legge 27 giugno 2015, n. 83, recante misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria*, Nuovo dir.soc., 2015

PASCASI S., ODORIZZI C., HIRECHE V., CORSI G., CESCHEL C., BIANCHI A., *Il concordato preventivo alla luce delle novità introdotte dall'art. 33 D.L. n. 83/2012, il sole 24 ore*, 2012.

PETTIROSSI V., *Il concordato preventivo: della fattispecie con continuità aziendale*, Dir. fall., fasc.2, 2015

PINTO V., *Le fattispecie di continuità aziendale nel concordato nel Codice della Crisi*, Giurisprudenza commerciale, fasc. 2, 2020.

PRESTIPINO G.S, *Proposte e offerte concorrenti: presupposti, differenze, interazioni*, Diritto.it, 2016

PRINCIPE A., Artt. 163 e 164, NIGRO-SANDULLI, *La riforma della legge fallimentare*, Torino, 2006

QUATRARO B. E BURCHI B., *Gli effetti del concordato preventivo per i creditori*, www.ilnuovodirittodellesocietà, 2016

RACUGNO G., *Concordato Preventivo, accordi di ristrutturazione e transazione fiscale*, Trattato di diritto fallimentare diretto da BUONOCORE E BASSI, Padova, 2010

RAVINA C., *Fattibilità*, IFallimentarista.it, 2020.

RAVINA C., *Omologazione della proposta di concordato*, [IFallimentarista](http://IFallimentarista.it), 2020

RICCIARDIELLO E., *Il ruolo del commissario giudiziale nell'era del "fallimento del contrattualismo concorsuale"*, *Giur. comm.*, Milano, 2015

RONDINONE N., *Il mito della conservazione dell'impresa e le ragioni della commercialità*, Milano, 2012

RORDORF R., *Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*, Roma, 2015, www.osservatorio-oci.org

S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da VASSALLI F., LUISO F.P., GABRIELLI E., vol. IV, *Le altre procedure concorsuali*, Torino, 2014.

SABATELLI E., *Appunti sul concordato preventivo dopo le modifiche della legge di conversione del D.L. n. 83/2015*, *Crisi d'Impresa e Fallimento*, 2015

SANTAGATA R., *Concordato preventivo "meramente dilatorio" e nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza: verso il tramonto dell'abuso di diritto (o del processo)?*, *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, fasc. 2, 2019.

SASSO V.G., *Il nuovo concordato preventivo. Privatizzazione della crisi d'impresa e ruolo del Tribunale*, www.Filodiritto.com, 2006

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*, ILCaso.it, 2015

SCOGNAMIGLIO G., *Intervento al Seminario Verso un nuovo diritto della crisi d'impresa?*, Giur. comm., fasc. 1, 2016.

SCOGNAMIGLIO G., *La disciplina del gruppo societario in crisi o insolvente, Prime riflessioni a valle del recente disegno di legge delega per la riforma organica della legge fallimentare*, Arato e Domenichini (a cura di), *Le proposte per una riforma della legge fallimentare*, Milano, 2017.

SOLLINI E., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, Napoli, 2007

VAROTTI L., *Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare*, Terza parte, *Crisi d'Impresa e Fallimento*, 2015.

VAROTTI L., *Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare*, IlCaso.it, 2015

VERNA G., *La relazione del professionista per il pagamento in percentuale dei creditori privilegiati ai sensi dell'art. 160, comma 2, legge fallim.*, *Dir. Fall.*, 2014

VITALEVI M., *La moratoria nel nuovo codice di commercio italiano in relazione ai codici olandese e belga*, Torino, 1884

ZARI P., *L'ipostatizzazione della fattibilità nel nuovo Codice della Crisi e dell'insolvenza*, Diritto.it, 2019.

Giurisprudenza

Corte Costituzionale

Corte. Cost. 20 aprile 2012, n.104.

Corte Suprema di Cassazione

Cass. 26 settembre 2016, n. 18782.

Cass. 14 febbraio 2017, n. 3836.

Cass. 23 gennaio 2013, n.1521.

Cass. 11 giugno 2013, n. 14684.

Cass. 15 maggio 2015, n. 9935.

Cass. 12 marzo 2020, n. 7118.

Cass. 26 novembre 2018, n. 30539.

Cass. 11 ottobre 2018, n. 25210.

Cass. 7 marzo 2017, n.5677.

Cass. 24 ottobre 2012, n.18190.

Cass. 17 settembre 1993, n.9581.

Cass. 7 marzo 2000, n.2546.

Cass. 8 febbraio 2011, n. 3059.

Cass. 24 ottobre 2012, n.18190.

Cass. 15 maggio 2015, n. 9936.

Cass. 12 novembre 2018, n. 29742.

Cass. 20 febbraio 2010, n. 4329.

Cass. 20 ottobre 2015, n. 21286.

Cass. 13 agosto 2004, n.15769.

Cass. 4 marzo 2005, n.4784.

Cass. 28 aprile 2005, n. 8849.

Cass. 23 ottobre 1998, n.10527.

Cass. 15 gennaio 1985, n. 67.

Cass. 2 luglio 1965, n.1373.

Cass. 23 gennaio 2013, n. 15.

Cass. 10 giugno 2019, n. 15572.

Cass. 30 agosto 2007, n.18324.

Cass. 17 novembre 1992, n.12300.

Cass. n. 4 novembre 2011, n. 22913.

Cass. 18 marzo 2008, n. 7263.

Cass. 19 giugno 2006, n. 20259.

Cass.15 gennaio 2020, n. 734.

Cass. 9 giugno 2010, n. 13897.

Cass. 16 marzo 2007, n. 6211.

Cass. 29 Maggio 2019, n. 14713.

Cass. 29 maggio 2019, n. 14713.

Cass. 21 Giugno 2019, n. 16808.

Cass. 23 giugno 2011, n.13817.

Cass. 14 febbraio 2011, n. 3586.

Cass. 15 luglio 2011, n.15699.

Cass. 15 luglio 2011, n. 15699.

Cass. 8 maggio 2012, n. 7021.

Cass. 8 maggio 2013, n. 10724.

Corte d'Appello

Corte d'App. Firenze, 5 aprile 2017, n.760.

Corte d'App. Venezia, 7 novembre 2019.

Corte d'App. Catania, 7 novembre 2019.

Corte d'App. Aquila, 10 febbraio 2012.

Corte d'App. Bologna, 15 giugno 2009.

Corte d'App. Milano, 29 ottobre 2019.

Corte d'App. Bologna, 11 luglio 2013.

Corte d'App. Salerno, n. 364 del 2016.

Tribunale

Trib. Terni, 2 aprile 2013.

Trib. Pistoia, 29 ottobre 2015.

Trib. Monza, 26 luglio 2016.

Trib. Arezzo, 13 luglio 2018.

Trib. Pescara 20 ottobre 2005.

Trib. Sulmona 6 giugno 2005.

Trib. Terni, 12 ottobre 2012.

Trib. Modena 15 dicembre 2012.

Trib. Modena 3 settembre 2014.

Trib. Bergamo 4 dicembre 2014.

Trib. Catania, 20 marzo 2010.

Trib. Nola, 17 giugno 2010.

Trib. Santa Maria Capua Vetere, 9 gennaio 2009.

Trib. Napoli, 19 novembre 2008.

Trib. Milano 4 dicembre 2008.

Trib. Monza 7 aprile 2009.

Trib. Milano, 28 ottobre 2011.

Trib. Bologna, 3 dicembre 2013.

Trib. Venezia n. R.G 1684/2018.

Trib. Firenze 14 novembre 1996.

Trib. Mantova 09 aprile 2020.

Trib. Piacenza 5 aprile 2013.

Trib. Monza 21 gennaio 2013.

Trib. Ravenna, 29 maggio 2020.

Trib. Vicenza, 4 luglio 2008.

Trib. Perugia 6 novembre 2012.

Trib. Pistoia 31 marzo 2010.

Trib. Salerno 5/2016.

Trib. Trento, Decreto di rigetto n. cronol. 36/2017 del 13 aprile 2017 (RG n. 5586/2016).