



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PADOVA

**DIPARTIMENTO DI SCIENZE ECONOMICHE ED AZIENDALI
"M.FANNO"**

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PRIVATO E CRITICA DEL DIRITTO

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN ECONOMIA E DIRITTO

TESI DI LAUREA

**"LE PROPOSTE E LE OFFERTE CONCORRENTI
NEL CONCORDATO PREVENTIVO"**

RELATORE:

CH.MO PROF. MAURIZIO DE ACUTIS

LAUREANDO: MARCO PARISE

MATRICOLA N. 1106278

ANNO ACCADEMICO 2016 – 2017

Il candidato dichiara che il presente lavoro è originale e non è già stato sottoposto, in tutto o in parte, per il conseguimento di un titolo accademico in altre Università italiane o straniere.

Il candidato dichiara altresì che tutti i materiali utilizzati durante la preparazione dell'elaborato sono stati indicati nel testo e nella sezione "Riferimenti bibliografici" e che le eventuali citazioni testuali sono individuabili attraverso l'esplicito richiamo alla pubblicazione originale.

Firma dello studente

INDICE

Capitolo 1

STORIA ED EVOLUZIONE DEL CONCORDATO PREVENTIVO

- 1.1 Le origini del concordato preventivo 267/1942 pag. 7
- 1.2 Il cambiamento di rotta e la riforma del 2005 pag. 10
- 1.3 Le continue modifiche degli ultimi anni..... pag. 13
- 1.4 Il Decreto Legge 83/2015 e le prospettive di riforma del concordato preventivo..... pag. 16

Capitolo 2

LE PROPOSTE CONCORRENTI

- 2.1 Introduzione e caratteristiche generali dell'istituto pag. 21
- 2.2 Le proposte concorrenti e il possibile contrasto con la Costituzione pag. 26
- 2.3 I presupposti oggettivi pag. 31
- 2.4 I presupposti soggettivi..... pag. 35
- 2.5 Il contenuto e la tipologia delle proposte..... pag. 41
- 2.6 L'aumento di capitale nelle proposte di concordato preventivo..... pag. 44
- 2.7 Tempi e modalità di svolgimento pag. 48
- 2.8 Il voto e il conflitto d'interessi del creditore proponente pag. 51
- 2.9 L'omologazione del concordato e la possibilità di revoca della proposta..... pag. 57
- 2.10 L'esecuzione del concordato e i nuovi compiti del commissario giudiziale..... pag. 60

Capitolo 3

LE OFFERTE CONCORRENTI

3.1	Origini dell'istituto: il caso "Fondazione San Raffaele del monte Tabor"	pag. 65
3.2	Confini e caratteristiche del nuovo istituto.....	pag. 71
3.3	Il decreto di apertura e lo svolgimento della procedura competitiva	pag. 76
3.4	L'attuazione dell'offerta	pag. 84
	Conclusioni	pag. 87
	Bibliografia	pag. 89

Capitolo 1

STORIA ED EVOLUZIONE DEL CONCORDATO PREVENTIVO

1.1 Le origini del concordato preventivo

La prima regolazione del concordato è avvenuta più di un secolo fa con la legge n. 197 del 24 maggio 1903, ma le sue origini sono ancora anteriori e sono da ricondurre ad un altro istituto, quello della moratoria, introdotto con il Codice del Commercio del 1882. La legge che ancora oggi disciplina la procedura, risale comunque a più di settant'anni fa. Si tratta del Regio Decreto, n. 267 del 16 marzo 1942. Il concordato preventivo costituisce una delle possibili modalità di risoluzione della crisi d'impresa. Diversamente dal fallimento, rappresenta una procedura concorsuale tramite la quale l'imprenditore, che esercita un'attività commerciale¹, cerca di trovare un accordo con i propri creditori² per la regolazione del suo stato di crisi o di insolvenza e per *“il soddisfacimento, sia pur parziale o differito, dei loro diritti”*³.

L'imprenditore può proporre ai propri creditori un concordato preventivo, che deve essere da loro approvato e poi omologato dal Tribunale. Solo dopo questo momento, la sua proposta diviene vincolante nei confronti di tutti i creditori, anche di coloro i quali si sono espressi in dissenso o non hanno concorso all'approvazione del concordato. Tutta la procedura, infatti, si svolge sotto il controllo dell'autorità giudiziaria.

¹ Il presupposto soggettivo del concordato preventivo è infatti lo stesso del fallimento ed è disciplinato dall'art. 1 della l.fall.

² Danovi (a cura di), *Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma*, 2012, pag. 9, I quaderni della Scuola di alta formazione, ODCEC Milano.

³ SCIUTO, *Il concordato preventivo*, pag. 451, in *Diritto Commerciale*, a cura di Marco Cian, Giappichelli Editore.

Alle origini, il concordato preventivo era caratterizzato da una concezione fortemente pubblicistica⁴, che si riteneva necessaria per proteggere le ragioni dei creditori concorsuali “*evidentemente ritenuti incapaci di tutelare autonomamente i propri interessi*”⁵. I poteri del Tribunale erano molto forti⁶, sia in fase di ammissione, sia successivamente nel giudizio di omologazione del concordato e tutto ciò, limitava molto l’autonomia delle parti.

Attraverso la procedura concordataria, l’imprenditore poteva evitare le conseguenze negative e molto gravose che derivavano dal fallimento. Il debitore, in quest’ultimo caso, veniva spossessato del suo patrimonio, che veniva liquidato per consentire una soddisfazione almeno parziale dei creditori. Con la sentenza dichiarativa di fallimento terminava l’attività dell’impresa insolvente, che veniva eliminata dal mercato. L’insolvenza era infatti percepita, anche sul piano sociale, come una situazione estremamente negativa e proprio per questi motivi veniva punito severamente l’imprenditore che si fosse reso responsabile del dissesto.

L’impianto originario della legge fallimentare e del concordato, pur piuttosto datato, è stato capace “*di reggere, quantomeno nelle sue grandi linee, alle intemperie di pluridecennali evoluzioni dell’ordinamento giuridico e, soprattutto, del mercato*”⁷. La procedura concordataria, rimasta sostanzialmente immutata per decenni, fu applicata in un contesto economico di sostanziale crescita e industrializzazione del tessuto produttivo italiano.

Le modifiche più significative che sono avvenute prima del 2005, non derivavano da interventi normativi del legislatore, bensì dalle pronunce della Corte Costituzionale, che rilevò in più occasioni il contrasto della vecchia Legge fallimentare con la sopravvenuta Costituzione della Repubblica italiana⁸, entrata in vigore successivamente nel 1948. In particolare alcune delle norme originarie furono ritenute per molti aspetti insufficienti nel garantire il diritto di difesa del debitore.

Nella formulazione originaria, la procedura concordataria era molto rigida. La possibilità di accedere al concordato preventivo era limitata da una serie di condizioni che l’imprenditore commerciale doveva contemporaneamente rispettare:

- essere iscritto da almeno due anni nel registro delle imprese;

⁴ SABATELLI, *Appunti sul concordato preventivo dopo la legge di conversione del D.L. n. 83/2015*, pag. 1, in *Crisi d’Impresa e Fallimento*, da Ilcaso.it.

⁵ VELLA, *Il sistema concorsuale italiano ieri, oggi, domani*, pag. 4, in *Crisi d’Impresa e Fallimento*, da Ilcaso.it.

⁶ In questo senso JORIO, *La parabola del concordato preventivo: dieci anni di riforme e controriforme*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.1, 2016, da pag. 15, secondo il quale la legge originaria del 1942 era “*fortemente improntata al dirigismo giudiziario*”.

⁷ VELLA, *Il sistema concorsuale italiano ieri, oggi, domani*, pag. 3, in *Crisi d’Impresa e Fallimento*, da Ilcaso.it.

⁸ FABIANI, *L’ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, pag. 1, in *Crisi d’Impresa e Fallimento*, da Ilcaso.it. Nei decenni dal 1960 al 2000 la legge fallimentare “*ha subito minime varianti per lo più dettate dalla necessità di adeguare i valori numerari all’inflazione della moneta e assicurare omogeneità fra il tessuto normativo fallimentare e le continue modifiche del sistema fiscale*”.

- non aver riportato condanne per bancarotta o per delitto contro il patrimonio;
- aver tenuto in maniera regolare le scritture contabili obbligatorie;
- non essere stato dichiarato fallito o essere stato ammesso a una procedura di concordato preventivo nei cinque anni precedenti.

Questi diversi paletti, sebbene già impegnativi, non rappresentavano le sole condizioni richieste per l'accesso alla procedura concordataria. In particolare, il presupposto oggettivo era lo stesso del fallimento, in quanto l'imprenditore commerciale poteva depositare domanda di concordato solo qualora si trovasse in stato d'insolvenza⁹. Non si riusciva, dunque, a intervenire nella fase antecedente di crisi, ma solo quando questa era degenerata in maniera irreversibile.

Il debitore non era nemmeno libero di determinare il contenuto della propria domanda di concordato, ma si trovava di fronte a un'alternativa, in quanto doveva scegliere fra due tipologie¹⁰:

- il concordato cosiddetto “con garanzia”, tramite il quale si impegnava a pagare il 40% dell'ammontare dei crediti chirografari e integralmente i privilegiati offrendo serie garanzie reali o personali.
- il concordato con cessione dei beni tramite il quale offriva ai propri creditori l'intero suo patrimonio, sempre che la sua liquidazione avesse potuto garantire di soddisfare tutti i privilegiati e almeno il 40% dei crediti chirografari.

La procedura concordataria era ancora prevalentemente incentrata sulla liquidazione del patrimonio del debitore. La valutazione dei suoi beni o delle garanzie che questo offriva dovevano assicurare in maniera sostanzialmente certa la soddisfazione dei creditori nella misura minima richiesta.

Il concordato infatti, a differenza del fallimento, poteva garantire gli effetti esdebitatori, ma ciò era concesso solo in presenza di *“uno specifico, oneroso, e “seriamente” garantito, impegno satisfatorio”*¹¹. Si presentava infatti come un istituto premiale per l'imprenditore al cui comportamento non era imputabile il dissenso¹². In altre parole era riservato solamente e secondo un'espressione che viene usata di frequente, al debitore onesto, ma sfortunato.

⁹ È lo stesso legislatore che ha provveduto a disciplinare lo stato di insolvenza nell'art. 5 della legge fallimentare. In particolare *“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”*.

¹⁰ SABATELLI, *Appunti sul concordato preventivo dopo le modifiche della legge di conversione del D.L. n. 83/2015*, pag. 1, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, da Ilcaso.it.

¹¹ VELLA, *Il sistema concorsuale italiano ieri, oggi, domani*, pag. 4, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, da Ilcaso.it.

¹² APICE (a cura di), *Le altre procedure concorsuali. Reati fallimentari. Problematiche comunitarie e trasversali. Fallimento e fisco*, pag. 6, Giappichelli Editore.

Con questi presupposti, il concordato non poteva costituire un'efficace alternativa al fallimento. Tutte queste condizioni limitavano fortemente la possibilità di poter utilizzare la procedura concordataria e infatti per lungo tempo il fallimento rimase quella più impiegata.

1.2 Il cambiamento di rotta e la riforma del 2005

Soprattutto a partire dai primi anni 2000, si è avvertita sempre più l'esigenza di favorire le procedure alternative e in particolare il concordato. Per fare in modo che ciò accadesse, era necessario apportare profondi cambiamenti a tale procedura; così hanno iniziato a susseguirsi diverse modifiche, dovute ai continui interventi del legislatore. Il concordato, infatti, è stata la procedura concorsuale che probabilmente ha subito le maggiori variazioni.

I limiti della vecchia procedura concordataria erano piuttosto evidenti. Le procedure concorsuali e in particolare il concordato erano ritenute inadeguate rispetto al mercato e poco efficienti, soprattutto perché la loro durata era piuttosto elevata e le percentuali di recupero che venivano garantite ai creditori finivano per essere molto basse, specialmente nel confronto con gli altri paesi europei¹³. Si può ben capire che con così tanti requisiti da rispettare contemporaneamente, l'imprenditore non fosse incentivato a depositare domanda di concordato ed a utilizzare questa procedura.

Sono stati elaborati alcuni progetti di riforma, in particolare quello della Commissione Trevisanato (i cui lavori terminarono nel 2003) con l'obiettivo di predisporre un progetto di legge delega che intervenisse in maniera organica sulla legge fallimentare. In realtà, il legislatore per riformare la legge fallimentare ha utilizzato, anche piuttosto frequentemente, lo strumento del Decreto Legge. I

¹³ BELTRAMI, *Le recenti (ulteriori) modifiche al concordato preventivo dell'estate 2015*, pag. 4, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, da Ilcaso.it.

primi cambiamenti alla procedura concordataria si sono verificati proprio con il decreto legge n. 35 del 14 marzo 2005, che è stato successivamente convertito con la legge n. 80 del 14 maggio 2005¹⁴.

Il motivo ricorrente delle diverse riforme che si sono succedute, poteva essere riassunto in un sola parola: autonomia “*nella ricerca e nella definizione del punto di incontro tra le aspirazioni del debitore a risolvere i problemi della crisi con il minor danno possibile e gli interessi dei creditori a contenere a loro volta il pregiudizio derivante dall’inadempienza del debitore*”¹⁵.

Le modifiche apportate al concordato, dopo il 2005, sono andate nella direzione di una maggiore privatizzazione della procedura¹⁶. I reiterati interventi legislativi, hanno determinato una netta cesura rispetto all’originaria configurazione dell’istituto delineata nella legge fallimentare del 1942¹⁷ e hanno mutato completamente l’assetto della procedura¹⁸. Le innovazioni hanno portato al cambiamento delle funzioni e dei presupposti del concordato preventivo. Sono state eliminate diverse condizioni che erano richieste in precedenza, in particolare i requisiti di meritevolezza che il debitore doveva rispettare (sia in fase di ammissione, ma anche in quella di omologazione¹⁹).

Si è cercato di rendere il concordato preventivo una procedura meno rigida rispetto al passato, incentivandone così il suo utilizzo con l’obiettivo di ottenere per i creditori una soddisfazione maggiore e in tempi più brevi rispetto alle altre alternative applicabili. Le modifiche hanno causato inoltre una riduzione dei poteri dell’organo giudiziario, in quanto al Tribunale è stato affidato esclusivamente un controllo di legittimità, cioè di regolarità formale del procedimento²⁰. In questo modo il concordato è venuto ad assumere, nel corso degli ultimi anni, un’importanza sempre maggiore ed un ruolo autonomo rispetto al fallimento.

Sono state riviste tutte le fasi del concordato: l’ammissione alla procedura, la votazione e anche l’omologazione. Una delle modifiche più rilevanti è stata il cambiamento del presupposto oggettivo. L’imprenditore può depositare domanda di concordato anche quando si trovi in uno stato di crisi (ad

¹⁴ Per JORIO, *La parabola del concordato preventivo: dieci anni di riforme e controriforme*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.1, 2016, da pag. 15, il decreto del 2005 trovò origine nelle elaborazioni compiute dalle commissioni Trevisanato nei due anni immediatamente anteriori.

¹⁵ JORIO, *La parabola del concordato preventivo: dieci anni di riforme e controriforme*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.1, 2016, da pag. 15.

¹⁶ SCIUTO, *Il concordato preventivo*, pag. 451, in *Diritto Commerciale*, a cura di Marco Cian, Giappichelli Editore, secondo il quale, tale maggiore privatizzazione della procedura concordataria avvenne “*sulla scia di esperienze straniere, in primis quella statunitense e poi tedesca*”.

¹⁷ SABATELLI, *Appunti sul concordato preventivo dopo la legge di conversione del D.L. n. 83/2015*, pag. 1, in *Crisi d’impresa e fallimento*, da Ilcaso.it.

¹⁸ In questo senso VELLA, *Il sistema concorsuale italiano ieri, oggi, domani*, pag. 5, in *Crisi d’Impresa e Fallimento*, da Ilcaso.it., secondo la quale le modifiche causarono “*una sorta di rivoluzione copernicana*” della procedura concordataria.

¹⁹ Il Tribunale, dopo le modifiche del D.L. n. 35/2005 all’art. 181 l.fall., non deve più valutare se il debitore è meritevole del concordato, in relazione alle cause che hanno provocato il dissesto e alla sua condotta.

²⁰ SABATELLI, *Appunti sul concordato preventivo dopo la legge di conversione del D.L. n. 83/2015*, pag. 14, in *Crisi d’impresa e fallimento*, da Ilcaso.it.

esempio una situazione di temporanea difficoltà ma anche di squilibrio finanziario), non ancora degenerato in una situazione di insolvenza irreversibile. Questo presupposto, dopo le modifiche, è stato notevolmente ampliato proprio con l'intento di favorire il ricorso al concordato. L'accesso alla procedura diventa più semplice, essendo possibile il suo utilizzo in un numero maggiore di situazioni. In questo modo i creditori, almeno nelle intenzioni, dovrebbero riuscire ad ottenere una soddisfazione più elevata rispetto al fallimento.

Per quanto riguarda il contenuto della domanda, vengono meno anche i rigidi schemi previsti dalla vecchia procedura concordataria²¹. Ora, infatti, secondo quanto previsto dall'art. 160 l.fall. il debitore può prevedere nel piano "la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, accollo, o altre operazioni straordinarie". Il debitore è dunque maggiormente libero di stabilire il contenuto del piano concordatario, ma per garantire una serietà e affidabilità maggiore alla propria domanda, deve fare attestare ad un professionista indipendente la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo.

Gli obiettivi della procedura concordataria sono cambiati, in particolare sempre di più si è avvertita l'esigenza di salvaguardare, ove possibile, l'integrità dell'impresa e il recupero della sua efficienza produttiva, cercando di incentivare la continuità aziendale nelle procedure concorsuali (solo nei casi in cui il proseguimento dell'attività sia funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori). In questo modo si vuole provare a collocare l'azienda in concordato con esiti più favorevoli rispetto a quelli che si otterrebbero dalla vendita separata dei singoli beni aziendali²². Allo stesso tempo si potrebbero salvaguardare maggiormente anche i posti di lavoro dell'impresa e i suoi rapporti commerciali con clienti e fornitori.

È stato eliminato poi un altro dei requisiti che disincentivavano fortemente l'accesso al concordato, cioè l'obbligo di pagare almeno il 40% per cento dei crediti chirografari. In questo modo viene rimessa completamente ai creditori la valutazione sulla convenienza economica del piano del debitore²³. I creditori, dopo la riforma del 2005, nel caso lo avessero ritenuto opportuno erano liberi

²¹ In questo senso si è espresso LO CASCIO, *Concordato preventivo: natura giuridica e fasi giurisprudenziali alterne*, pag. 3, in *Il Fallimento* 5/2013, secondo il quale "l'imprenditore non è più obbligato a schemi legali preordinati, ma può ricorrere a qualsiasi mezzo che gli consenta di realizzare una soluzione privatistica della crisi imprenditoriale".

²² SABATELLI, *Appunti sul concordato preventivo dopo la legge di conversione del D.L. n. 83/2015*, pag. 12, in *Crisi d'impresa e fallimento*, da Ilcaso.it.

²³ Prima del 2005, spettava al Tribunale, secondo quanto previsto dal l'art. 181 l.fall., la valutazione sulla convenienza economica del concordato, in relazione alle attività esistenti e all'efficienza dell'impresa.

di accettare una soddisfazione anche inferiore. Nei fatti però, le modifiche hanno comportato una netta compressione della loro tutela²⁴.

Si è affievolito con le modifiche un altro principio essenziale, rispettato rigorosamente nell'originario impianto della legge fallimentare, quello della *par condicio creditorum*. Già dopo le riforme del 2005-6 è stata introdotta la possibilità di suddividere i creditori in classi, secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei. In questo modo è possibile assicurare trattamenti differenziati tra le diverse classi, anche se in ogni caso si deve garantire un uguale trattamento a tutti coloro che erano collocati nella stessa.

1.3 Le continue modifiche degli ultimi anni

Negli anni successivi si sono verificati altri cambiamenti importanti tramite i decreti legislativi n. 5/2006 e n. 169/2007. Non ci si è limitati però solo a questi interventi, in quanto le modifiche, a volte anche infrannuali, hanno comportato nel corso del decennio 2005-2015 una serie di continue variazioni. Questi interventi erano necessari per porre rimedio ai problemi di coordinamento tra la vecchia disciplina e le riforme del 2005-6 e per inserire le nuove norme che il legislatore riteneva necessarie. In alcuni casi, infatti, la formulazione iniziale delle nuove disposizioni poteva risultare non del tutto chiara, ma il più delle volte accadeva che alle aperture apportate dai decreti legge, seguivano poi correzioni restrittive già in fase di conversione e anche nelle leggi successive²⁵. Il legislatore attraverso questi interventi, non sembrava avere l'intenzione di voler riformare la legge fallimentare secondo un progetto organico.

Con questi ulteriori cambiamenti si è cercato di rendere il concordato ancora più conveniente per il debitore²⁶. Si è intervenuto nuovamente sull'art. 160 l.fall. prevedendo, a differenze del passato, la possibilità di non soddisfare integralmente i creditori muniti di diritto di privilegio, pegno o ipoteca.

²⁴ SABATELLI, *Appunti sul concordato preventivo dopo le modifiche della legge di conversione del D.L. n. 83/2015*, pag. 1, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, da Ilcaso.it.

²⁵ FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, pag. 2, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, da Ilcaso.it.

²⁶ JORIO, *La parabola del concordato preventivo: dieci anni di riforme e controriforme*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.1, 2016, da pag. 15, non manca di sollevare perplessità sulle ricadute del nuovo concordato in quanto "soluzioni ritenute troppo agevolate a disposizione dell'imprenditore insolvente sono state denunciate come distorsive della concorrenza".

Questa condizione era piuttosto gravosa e tutt'altro che semplice da rispettare. Ad essi va comunque assicurata una soddisfazione almeno pari a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione. Per quanto riguarda il trattamento delle diverse classi, si è precisato che questo non poteva avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione. L'intervento ha riguardato anche la votazione in sede di adunanza dei creditori, nella quale ora è sufficiente il voto favorevole della maggioranza dei crediti ammessi²⁷.

Gli obiettivi di tutte queste modifiche sono stati parzialmente disattesi nella pratica. In realtà il concordato è stato utilizzato in molti casi per regolare la cessione dei beni e la liquidazione dell'impresa quando questa si trovava già in stato di insolvenza. Non si è riusciti a incentivare sufficientemente l'emersione dello stato di crisi e a garantire ai creditori una soddisfazione maggiore rispetto al passato.

Per cercare di porre rimedio a questa situazione il legislatore ha deciso di intervenire ancora, modificando nuovamente le norme che regolavano il concordato. Un primo intervento si è avuto nel 2010 a cui è seguito poi, a distanza di due anni, il decreto legge n. 83/2012 (cd. Decreto sviluppo) convertito con la legge n. 134, del 7 agosto 2012, che ha cercato di incentivare ancor di più l'utilizzo del concordato preventivo da parte dell'imprenditore in crisi²⁸.

Attraverso queste modifiche, si sono affiancate alla normale procedura concordataria, il concordato cd. "con riserva" o "in bianco" e il concordato con continuità aziendale²⁹. Per quanto riguarda quest'ultima procedura, è emerso con chiarezza da questo decreto legge l'intento del legislatore di favorire la prosecuzione dell'attività per le imprese in crisi. Questa fattispecie è stata regolata tramite l'art 186 bis l.fall. In particolare si ha un concordato in continuità aziendale quando il piano preveda:

- la prosecuzione dell'attività per opera del debitore;
- la cessione dell'azienda in esercizio;
- il conferimento dell'azienda in una o più società;

Per cercare di favorire maggiormente i concordati in continuità il legislatore ha previsto la sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione, la moratoria fino ad un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, la prosecuzione dei contratti con la

²⁷ Prima del 2005, il concordato doveva essere approvato dalla maggioranza dei creditori votanti, che rappresentasse però almeno i due terzi della totalità dei crediti ammessi al voto.

²⁸ In questo senso Danovi (a cura di), *Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma*, 2012, pag. 14, I quaderni della Scuola di alta formazione, ODCEC Milano, secondo il quale la riforma del 2012 andrebbe "a vantaggio del debitore, nel senso di agevolare significativamente la presentazione del concordato e la possibilità di accordo".

²⁹ SABATELLI, *Appunti sul concordato preventivo dopo le modifiche della legge di conversione del D.L. n. 83/2015*, pag. 2, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, da Ilcaso.it.

p.a. Sempre con l'obiettivo di favorire i finanziamenti alle imprese in crisi, il legislatore ha stabilito la prededucibilità dei pagamenti effettuati nei confronti dei creditori pregressi ritenuti strategici. Queste operazioni devono comunque essere attestate da un professionista, come essenziali per la prosecuzione dell'attività e funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori.

Una delle più importanti novità del 2012 è stata l'introduzione del concordato con riserva, tramite il quale l'imprenditore può depositare il ricorso contenente la domanda di concordato unitamente ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e all'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti, senza necessità di presentare immediatamente la proposta e il piano. Questi possono essere depositati anche successivamente entro un termine fissato dal giudice compreso fra sessanta e centoventi giorni e prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni. Attraverso l'utilizzo di questo istituto, così come avviene per una normale domanda di concordato, l'imprenditore in crisi si pone al riparo dalle azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio.

La regolamentazione così favorevole del concordato in bianco ha portato alla necessità di introdurre alcune tutele volte alla protezione dei creditori da possibili comportamenti opportunistici del debitore, il quale deve rispettare gli obblighi informativi periodici imposti dal tribunale. Gli atti di straordinaria amministrazione devono poi essere autorizzati dall'autorità giudiziaria, dopo aver sentito il parere del commissario giudiziale. Quest'ultimo, infatti, può essere nominato già durante la fase di preconcordato³⁰.

Un'altra importante modifica del cd. "Decreto Sviluppo" e di cui si avrà modo di parlare anche in seguito, è stata l'introduzione nella fase di votazione del meccanismo del silenzio-assenso. In precedenza invece vigeva la regola generale del silenzio dissenso. Dopo questa modifica, coloro i quali non avessero votato contro o successivamente alla votazione non avessero fatto pervenire il loro dissenso era computati tra i favorevoli all'approvazione della domanda del debitore. Si può ben capire come questa norma abbia notevolmente favorito, nel periodo in cui è stata applicata, l'approvazione del concordato. Obbligava infatti coloro che non volevano vedere approvato il piano del debitore a prendere posizione esplicitamente.

Anche queste soluzioni, per certi versi, non hanno dato comunque i risultati sperati. La regolazione tempestiva della crisi in realtà ha continuato a non verificarsi e in molti casi non si sono potuti raggiungere migliori risultati in termini di soddisfazione dei creditori concorsuali. Le diverse norme previste dal legislatore non sono state particolarmente efficaci. Il debitore ha continuato ad accedere

³⁰ Questa novità è stata introdotta tramite il "decreto del fare" (d.l. 69/2013, convertito con la legge n. 98 del 9 agosto 2013).

alla procedura concordataria quando si trovava in uno stato di crisi molto profondo. Anche per questa ragione, i concordati in continuità hanno dato spesso risultati deludenti. Sono invece proliferati i concordati preventivi liquidatori nei quali erano previste percentuali di soddisfacimento assai ridotte per i crediti chirografari³¹.

In particolare la più ampia libertà e responsabilità concessa al debitore è spesso degenerata in abusi e *“le innumerevoli disposizioni di favor per la soluzione concordataria non sono state responsabilmente utilizzate dalle imprese debentrici per conservare il valore aziendale, possibilmente risanandosi, ma piuttosto per sottrarsi al fallimento”* e d'altra parte *“la maggiore autonomia riconosciuta ai creditori ha trovato un ceto creditorio in realtà non ancora pronto e maturo per assolvere il nuovo ruolo”*³².

Secondo parte della dottrina, si sarebbe verificato un vero e proprio abuso nel ricorso al concordato liquidatorio. Perplexità sono state sollevate anche dal mondo imprenditoriale, in quanto le soluzioni troppo agevoli a disposizione dell'imprenditore insolvente sono state denunciate come distorsive della concorrenza³³.

1.4 Il Decreto Legge 83/2015 e le prospettive di riforma del concordato preventivo

È in questo contesto che trae origine una delle ultime modifiche alla legge fallimentare. In continuità rispetto al passato, l'intervento si è concentrato soprattutto sull'istituto del concordato preventivo, in quanto ritenuto lo strumento più idoneo *“se correttamente utilizzato, per superare la crisi d'impresa”*³⁴. A distanza di dieci anni dal 2005, il legislatore è intervenuto nuovamente e sempre attraverso la decretazione d'urgenza. Sono state apportate numerose novità alla legge

³¹ SABATELLI, *Appunti sul concordato preventivo dopo le modifiche della legge di conversione del D.L. n. 83/2015*, pag. 14, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, da Ilcaso.it.

³² VELLA, *Il sistema concorsuale italiano ieri, oggi, domani*, pagg. 6-7, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, da Ilcaso.it.

³³ JORIO, *La parabola del concordato preventivo: dieci anni di riforme e controriforme*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.1, 2016, da pag. 15.

³⁴ BELTRAMI, *Le recenti (ulteriori) modifiche al concordato preventivo dell'estate 2015*, pag. 4, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, da Ilcaso.it.

fallimentare, in particolare tramite il D.L. 83/2015 convertito poi con la legge n. 132 del 6 agosto 2015, sono stati modificati diciassette articoli e ne sono stati introdotti due di nuovi.

A partire dai grandi cambiamenti del 2005, il sistema concorsuale italiano ha seguito il modello americano, assomigliando sempre di più a quello dei principali paesi europei. Le modifiche del 2015, invece, hanno introdotto regole in parziale contrasto con questa prospettiva³⁵. Su molte delle innovazioni apportate negli anni precedenti si è fatto un passo indietro³⁶. Questa “miniriforma” rappresenta un nuovo intervento correttivo delle procedure concorsuali e in particolare del concordato. L’intervento ha determinato *“una vera e propria ristrutturazione dell’istituto concordatario senza che ne sia mutato l’impianto di base”*³⁷.

L’obiettivo di queste modifiche sarebbe quello di 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”*³⁸. È la stessa giurisprudenza ad esprimersi in termini analoghi. Il Tribunale di Ravenna ha infatti affermato che *“la riforma del 2015 ha lo scopo di portare ad un complessivo riequilibrio delle posizioni e degli interessi dei creditori rispetto a quelli dell’imprenditore in crisi, con il non nascosto fine di eliminare alcune “storture” applicative, quando non veri e propri “abusi” nell’utilizzo dello strumento concordatario”*³⁹.

Il legislatore ha cercato di ottenere questo risultato anche favorendo la contendibilità dell’impresa in concordato, soprattutto attraverso due nuovi istituti: le proposte e le offerte concorrenti. Si è cercato in questo modo di massimizzare il valore dell’impresa nell’interesse dei creditori⁴⁰. L’obiettivo era quello 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”*⁴¹.

In particolare, si verificava in molti casi che la percentuale di soddisfazione offerta ai chirografari nel concordato preventivo era davvero molto bassa (ad esempio pari solo a qualche punto percentuale). Questi creditori finivano per essere fortemente penalizzati. Per cercare di porre

³⁵ PANZANI, *Le alternative al fallimento. Il concordato e gli accordi di ristrutturazione dopo il D.L. 83/2015*, pag. 3, Wolters Kluwer Italia.

³⁶ FABIANI, *L’ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, pag. 2, in *Crisi d’Impresa e Fallimento*, da Ilcaso.it.

³⁷ SABATELLI, *Appunti sul concordato preventivo dopo le modifiche della legge di conversione del D.L. n. 83/2015*, pag. 6, in *Crisi d’Impresa e Fallimento*, da Ilcaso.it.

³⁸ AMBROSINI, *Il diritto della crisi d’impresa nella legge n. 132 del 2015 e nelle prospettive di riforma*, pag. 3, in *Crisi d’Impresa e Fallimento*, da Ilcaso.it.

³⁹ TRIBUNALE DI RAVENNA, 27 novembre 2015, in Ilcaso.it

⁴⁰ PANZANI, *Le alternative al fallimento. Il concordato e gli accordi di ristrutturazione dopo il D.L. 83/2015*, pagg. 2-3, Wolters Kluwer Italia.

⁴¹ ANDREANI, *Crisi di impresa le nuove disposizioni fallimentari e fiscali*, pag. 5, *Le guide il Fisco*, Wolters Kluwers Italia.

rimedio a questa situazione si è intervenuto anche attraverso il nuovo comma 4 dell'art. 160 l.fall. e che rappresenta una delle principali novità introdotte dal D.L. 83/2015.

Dopo queste modifiche alla legge fallimentare, la domanda di concordato deve assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari. Viene quindi reintrodotta una soglia minima di pagamento che il debitore deve rispettare. Questa percentuale, sebbene comunque inferiore rispetto al 40% del passato, è piuttosto impegnativa da rispettare anche alla luce dei concordati conclusi del decennio 2005-2015. Questa norma, a differenza del passato, si applica solo ai concordati di tipo liquidatorio e non anche a quelli in continuità aziendale, favorendo dunque questi ultimi.

Evidentemente il legislatore ha ritenuto *“sulla base dell'esperienza maturata in questi due lustri, che sotto determinate soglie di soddisfacimento sia preferibile il fallimento al concordato”*⁴². Si tratterebbe in sostanza di un nuovo requisito di ammissibilità della domanda di concordato⁴³.

In questo contesto, si inseriscono anche altre modifiche apportate dal D.L. 83/2015:

- i cambiamenti all'art. 169 bis l.fall. per la regolamentazione dei contratti pendenti nel concordato preventivo *“sulla falsariga della disciplina del fallimento”*⁴⁴ (la rubrica dell'articolo in precedenza faceva riferimento ai contratti in corso di esecuzione);
- le novità in materia di finanza interinale, tramite le modifiche all'art. 182-quinques. L'obiettivo è quello di facilitare il reperimento di risorse finanziarie già nella fase c.d. prenotativa e *“l'introduzione della nuova tipologia dei finanziamenti funzionali a urgenti necessità relative all'esercizio dell'impresa”*⁴⁵.
- la regolamentazione, nel nuovo art. 182-septies, degli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. La maggioranza necessaria per la formazione di questi accordi è molto elevata (75% degli intermediari per un importo comunque mai inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo del debitore), ma serve per evitare il blocco o l'ostruzionismo degli altri intermediari finanziari in minoranza.

⁴² JORIO, *La parabola del concordato preventivo: dieci anni di riforme e controriforme*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.1, 2016, da pag. 15. In questo senso si è espresso il TRIBUNALE DI PISTOIA, 29 ottobre 2015, in *Ilcaso.it*, secondo il quale la nuova percentuale del 20% che il debitore deve garantire ai chirografari rappresenta *“un filtro voluto dal legislatore per selezionare in senso restrittivo la presentazione delle proposte concordatarie, negando l'accesso a quelle che non apparissero idonee a consentire una congrua soddisfazione dei creditori, così reagendo alla tendenza emersa nelle prassi di offrire ai creditori percentuali irrisorie di soddisfazione”*.

⁴³ SABATELLI, *Appunti sul concordato preventivo dopo le modifiche della legge di conversione del D.L. n. 83/2015*, pag. 16, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, da *Ilcaso.it*.

⁴⁴ RIMATO, *Proposte concorrenti e mercato delle proposte nel nuovo concordato preventivo*, pag. 9, in *Fallimenti e Società.it*.

⁴⁵ AMBROSINI, *Il diritto della crisi d'impresa nella legge n. 132 del 2015 e nelle prospettive di riforma*, pag. 44, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, da *Ilcaso.it*.

Diverse delle modifiche apportate dal D.L. 83/2015 appaiono coerenti “con un trend normativo improntato a un crescente disfavore nei confronti del concordato liquidatorio”⁴⁶. L’utilizzo del concordato liquidatorio potrebbe divenire molto più limitato in seguito alle innovazioni introdotte.

Per quanto riguarda invece alcune delle altre modifiche, si è trattato di vere e proprie “inversioni a U”⁴⁷ che sono andate ad abrogare norme introdotte solo da pochi anni. Questo caso riguarda ad esempio l’eliminazione del voto attraverso il cd. silenzio assenso. Tale modifica rappresentava “il massimo sforzo del legislatore per favorire il buon esito della soluzione concordataria” e la sua soppressione mostra già da sola quanto sia cambiata la considerazione normativa del concordato preventivo⁴⁸. C’è dunque una volontà piuttosto evidente del legislatore di rendere più difficile l’approvazione del concordato, riducendone in questo modo il suo utilizzo. Ciò potrebbe essere parzialmente in contrasto con l’esigenza “di avvicinare le imprese in crisi alle procedure concorsuali anziché ritardare l’emersione della crisi”⁴⁹.

Molte di queste novità sono in buona parte condivisibili. Questi cambiamenti hanno dato maggiore attenzione alle istanze di protezione del ceto creditorio anche per cercare di aumentare le loro prospettive di soddisfacimento.

Nel 2015 è avvenuto però un altro fatto di grande rilievo che riguarda le procedure concorsuali e dunque anche il concordato. Il Ministro della Giustizia ha istituito una Commissione (tramite il D.M. 28 gennaio 2015) presieduta dal dott. Rordorf (Consigliere di Corte di Cassazione) “per elaborare proposte di interventi di riforma, ricognizione e riordino della disciplina delle procedure concorsuali”. L’obiettivo è quello di semplificare, razionalizzare, uniformare i procedimenti previsti dalla legge fallimentare.

Già durante i lavori della Commissione, che doveva predisporre un testo base per il successivo recepimento in un disegno di legge delega⁵⁰, il legislatore ha deciso di intervenire tramite il D.L. 83/2015 senza tenere evidentemente in conto i lavori della commissione ministeriale⁵¹ e per questo non ha mancato di sollevare qualche perplessità in dottrina⁵².

⁴⁶ AMBROSINI, *Il diritto della crisi d’impresa nella legge n. 132 del 2015 e nelle prospettive di riforma*, pag. 5, in *Crisi d’Impresa e Fallimento*, da Ilcaso.it.

⁴⁷ VELLA, *La contendibilità dell’azienda in crisi dal concordato preventivo in continuità alla proposta alternativa del terzo*, pagg. 3-4, in *Crisi d’Impresa e Fallimento*, da Ilcaso.it.

⁴⁸ SABATELLI, *Appunti sul concordato preventivo dopo le modifiche della legge di conversione del D.L. n. 83/2015*, pag. 2, in *Crisi d’Impresa e Fallimento*, da Ilcaso.it.

⁴⁹ ANGELONI e PIROLLO, *Crisi di impresa le nuove disposizioni fallimentari e fiscali*, pag. 11, *Le guide il Fisco*, Wolters Kluwers Italia.

⁵⁰ Il ddl delega risulta approvato dalla Camera dei Deputati in data 1 febbraio 2017.

⁵¹ JORIO, *La parabola del concordato preventivo: dieci anni di riforme e controriforme*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.1, 2016, da pag. 15.

⁵² Per VELLA, *La contendibilità dell’azienda in crisi dal concordato preventivo in continuità alla proposta alternativa del terzo*, pag. 3, in *Crisi d’Impresa e Fallimento*, da Ilcaso.it, non si capisce la coerenza di un intervento normativo

Novità molto profonde riguardano anche il concordato preventivo in quanto il progetto di riforma propone una forte limitazione del concordato liquidatorio, ritenuto ammissibile esclusivamente quando è previsto l'apporto di risorse esterne che aumentino in misura apprezzabile la soddisfazione dei creditori. Il concordato preventivo, verrebbe dunque limitato al solo concordato in continuità⁵³.

d'urgenza, esattamente nel periodo in cui si svolgevano i lavori della Commissione, soprattutto perché il 83/2015 non si è limitato a poche e specifiche misure.

⁵³ La redazione, *Crisi d'impresa: la Camera approva il ddl delega*, da Ifallimentarista.it.

Capitolo 2

LE PROPOSTE CONCORRENTI

2.1 Introduzione e caratteristiche generali dell'istituto

La situazione italiana, negli ultimi anni, è stata caratterizzata da incertezza e da una difficile congiuntura economica e ciò ha finito per interessare buona parte del tessuto produttivo del nostro Paese. In questo contesto, ci può senz'altro essere, anche per le imprese in crisi, lo spazio per un interessamento da parte del mercato. Le norme che regolano la crisi d'impresa possono avere un ruolo importante per stimolare l'interesse verso le imprese in difficoltà da parte degli operatori economici. Si deve cercare di contemperare le diverse esigenze delle parti in causa: creditori, azionisti e lavoratori, tenendo però sempre in considerazione l'obbiettivo di favorire la conservazione del valore aziendale. Anche nelle procedure concorsuali, non sempre risulta agevole riuscire a trovare un punto di equilibrio.

Se si guarda bene l'intera legge fallimentare, l'istituto delle proposte non rappresenta una novità assoluta, soprattutto se si prende in considerazione il concordato fallimentare (situazione questa molto diversa da quella di concordato preventivo). Gli artt. 124 e ss. l.fall. regolano infatti la presentazione di proposte di concordato fallimentare. Uno o più creditori, ma anche i terzi, hanno la possibilità di presentare una proposta di concordato prima del decreto che rende esecutivo lo stato passivo⁵⁴.

⁵⁴ L'art. 124 L.F. è stato totalmente riscritto dall'art. 114 del D. Lgs. 9 gennaio 2006 n. 5, consentendo anche ai creditori e ai terzi la presentazione di proposte di concordato fallimentare.

Per quanto riguarda il concordato preventivo, le norme stabilite prima dell'introduzione del Decreto Legge 83/2015 avevano due rilevanti limitazioni⁵⁵:

- la proposta poteva pervenire unicamente dal debitore. Il piano scontava unicamente il suo punto di vista e la sua visione della crisi;
- nella fase antecedente a quella esecutiva del concordato, non era richiesta alcuna gara per il miglior realizzo del patrimonio destinato alla soddisfazione dei creditori.

L'inserimento del nuovo istituto all'interno delle norme che regolano il concordato preventivo può riuscire a generare importanti ricadute positive nello svolgimento della procedura. Le modalità della sua introduzione, cioè tramite il Decreto Legge e la successiva Legge di conversione, hanno generato però, qualche perplessità tra gli esperti⁵⁶, anche dovute al fatto che tali interventi sono avvenuti quasi in parallelo con i lavori della Commissione Rordorf, che prevede, almeno nelle intenzioni, una più ampia e coordinata revisione della materia con l'obiettivo di superare l'attuale Legge Fallimentare. I contenuti introdotti sono ritenuti per buona parte condivisibili e non vanno sminuiti. Tuttavia il decreto legge non è stato esente da critiche soprattutto per quanto riguarda il metodo, in particolare per aver utilizzato la decretazione d'urgenza per introdurre nel sistema concordatario istituti la cui urgenza è quantomeno dubbia.

Quello delle proposte concorrenti è un istituto piuttosto complesso che necessita di essere inserito bene nella procedura concordataria. Forse lo strumento del Decreto Legge non è stato quello migliore, visti i tempi rapidi che sono necessari per la sua conversione in legge. Attraverso i due nuovi istituti oggetto di analisi (sia le proposte che le offerte concorrenti) si è cercato di aumentare la competizione nel concordato, ma si è trattato comunque di un intervento parziale. La loro introduzione è stata sollecitata da più parti, in particolare da istanze provenienti dall'ambiente bancario e imprenditoriale. La strada intrapresa sembra andare verso una direzione *“marcatamente liberista, costituendo l'approdo riformatore avviatosi nel nostro Paese a partire dal 2005”*⁵⁷.

Le proposte sono state inserite nel concordato modificando l'art. 163 della legge fallimentare⁵⁸. La stessa rubrica di detto articolo risulta cambiata con la nuova dicitura “Ammissione alla procedura e

⁵⁵ 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*, pag. 2, in Ilcaso.it.

⁵⁶ AMBROSINI, *Il diritto della crisi d'impresa nella legge n. 132 del 2015 e nelle prospettive di riforma*, pagg. 3-4, in Crisi d'impresa e fallimento. VELLA, *La contendibilità dell'azienda in crisi, dal concordato preventivo alla proposta alternativa del terzo*, pagg. 2-3, in Crisi d'Impresa e Fallimento, da Ilcaso.it.

⁵⁷ RIMATO, “Proposte concorrenti e mercato delle proposte nel nuovo concordato preventivo”, pag. 4, in Fallimenti e Società.it. L'attenzione per queste istanze ha portato anche l'introduzione di nuovi istituti, quali “l'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria “ ex art. 182 septies”.

⁵⁸ L'art. 163 della L.F. è stato novellato dall'art. 3 D.L. n. 83/2015, convertito con modificazioni dalla Legge n. 132/2015.

proposte concorrenti”. Naturalmente i cambiamenti non si fermano solo a questo, in quanto anche il corpo dell’articolo risulta modificato, introducendo oltre che alla regolamentazione sostanziale, anche la procedura che i creditori interessati devono seguire per poter presentare una o più proposte concorrenti. Sono stati infatti aggiunti i commi dal 4 al 7. Gli interventi poi non hanno riguardato solo questo articolo, ma sono andati a modificare altri istituti che necessitavano evidentemente di coordinamento a seguito dell’introduzione nel sistema delle proposte concorrenti. In particolar modo sono stati modificati gli articoli:

- art. 165 l.fall in quanto ora il commissario giudiziale è tenuto a fornire le informazioni sull’impresa in crisi propedeutiche alla presentazione di proposte concorrenti (ma fondamentali anche per la presentazione di offerte). Senza un’analisi critica dei dati dell’impresa sarebbe praticamente impossibile per un creditore riuscire a formulare una proposta;
- art. 172 l.fall con l’obbligo da parte del commissario di riferire sulle proposte presentate, compresa quella del debitore, con una relazione integrativa che le confronta tra loro;
- art. 175 l.fall con l’illustrazione e la votazione delle proposte secondo l’ordine in cui vengono depositate;
- art. 177 l.fall riguardante le regole da applicare alla votazione dei creditori, nel caso di presentazione di proposte concorrenti per giungere all’approvazione del concordato;
- art. 185 l.fall che disciplina la fase esecutiva del concordato con l’attribuzione di nuovi poteri al commissario giudiziale e la possibilità da parte del creditore proponente di chiedere, in determinati casi, la sostituzione del debitore nel dare esecuzione alla proposta.

Lo scopo che si vuole realizzare con tale intervento è certamente importante e meritevole d’interesse. L’intenzione è quella di aprire il concordato preventivo alla concorrenza⁵⁹. Dopo le modifiche del 2015 i creditori assumono *“una nuova veste, non più spettatori passivi, ma attori, protagonisti del mercato, stimolati ad acquisire l’azienda del proprio debitore”*⁶⁰ In dottrina, si afferma che la situazione precedente, rimasta inalterata per molti anni, aveva portato ad una minore efficienza ed era rispondente per vari aspetti alla definizione economica di *“monopolio”*⁶¹. C’erano molti dubbi sul fatto che l’autonomia lasciata al debitore nella gestione della sua crisi riuscisse a garantire l’efficienza economica della procedura concordataria, cioè la massimizzazione della

⁵⁹ 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*, pagg.1, in Ilcaso.it.

⁶⁰ RIMATO, *“Proposte concorrenti e mercato delle proposte nel nuovo concordato preventivo”*, pag. 15, in Fallimenti e Società.it.

⁶¹ 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*, pag. 3, in Ilcaso.it.

soddisfazione dei creditori. In molti casi, il risultato che i creditori concordatari riuscivano ad ottenere era sub-ottimale⁶².

La relazione accompagnatoria alla legge di conversione⁶³ ci dice che l'obiettivo è quello di migliorare la soddisfazione che i creditori possono ottenere tramite il concordato rispetto alle altre alternative concretamente applicabili, al fine di impedire "che il debitore presenti proposte che non rispecchiano il reale valore dell'azienda (appropriandosi, così, integralmente del surplus di ristrutturazione, ossia del maggior valore creato dalla riorganizzazione rispetto all'alternativa fallimentare)"⁶⁴.

Solo al debitore spetta, ancora allo stato attuale, il potere di chiedere l'ingresso in concordato⁶⁵. Tale situazione non è stata quindi modificata nemmeno dopo la conversione in legge del Decreto n. 83 del 2015. La domanda di concordato costituisce in sostanza l'offerta negoziale che il debitore propone ai propri creditori nella quale specifica i tempi, le modalità e la percentuale di soddisfazione che si impegna a garantire⁶⁶.

Con l'introduzione del nuovo istituto, si sta andando nella stessa direzione in cui si sono già diretti altri Paesi. Si vuole fare in modo che i creditori possano avere un peso maggiore nella gestione della procedura. Tra gli esempi più famosi rientra certamente il caso del Chapter 11 americano, il quale prevede la possibilità per i creditori di presentare proposte qualora il debitore non proponga un piano nel termine di 120 giorni dall'inizio della procedura.

Si cerca in sostanza di porre l'impresa sul mercato al fine di favorire i creditori dell'impresa in crisi e garantire loro un'alternativa alla semplice accettazione o rifiuto della domanda iniziale di concordato. L'intenzione è quella di stimolare, in questo modo, l'intervento dei creditori. Questi ultimi possono dunque avere un ruolo più attivo, nello svolgimento della procedura, una volta che il debitore li abbia messi a conoscenza del suo stato di crisi con la domanda di accesso al concordato.

⁶² 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*, pag. 3, in Ilcaso.it.

⁶³ Questo documento risulta consultabile sul sito del Ministero della giustizia al seguente link, https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_2_1.page;jsessionid=dr6hj3-GBXRiTp2dvByLD9cD?contentId=SAN1168062&previousPage=mg_1_2_1

⁶⁴ Per D'ATTORRE, *La nuova mini-riforma della legge fallimentare*, pag. 134, Giappichelli Editore, l'istituto avrebbe una funzione di moral suasion e sarebbe funzionale "a sanzionare proposte di concordato eccessivamente punitive per i creditori".

⁶⁵ La situazione potrebbe risultare ancora diversa nel caso di approvazione della bozza di legge delega risultante dai lavori della Commissione Rordorf, nella quale è previsto che la procedura concordataria possa essere promossa anche da terzi quando il debitore si trovi in stato di insolvenza.

⁶⁶ 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*, pag. 3, in Ilcaso.it.

La competizione non riguarda poi solo il debitore o un singolo creditore, ma può avvenire anche tra più creditori con la presentazione di diverse proposte. Si passa in questo modo *”da un sistema in cui il debitore era arbitro (quasi) assoluto della vicenda concordataria, essendo l’unico legittimato ad avanzare una proposta di modifica”* a uno in cui *“si consente a determinati creditori di proporre soluzioni di regolazione della crisi alternative e concorrenti con quella originaria del debitore”*⁶⁷.

Allo stesso tempo il legislatore, con il suo intervento, cerca di stimolare il debitore ad anticipare l’emersione dello stato di crisi⁶⁸. Si ritiene infatti, che proprio questo sia uno degli obiettivi di un sistema concorsuale moderno *“perché prima si interviene e più è probabile che l’impresa conservi valore e che i creditori possano essere soddisfatti in una misura maggiore”*⁶⁹. A conclusione del ragionamento appare condivisibile la decisione del legislatore di stimolare la contendibilità dell’impresa dall’esterno. Le proposte concorrenti possono essere viste come uno strumento migliorativo degli interessi dei creditori⁷⁰.

Tuttavia il debitore potrebbe essere “spaventato” e ritardare la domanda di concordato proprio a causa del rischio che i creditori presentino delle proposte non gradite se non addirittura ostili, ma che comunque possono essere nel loro interesse. Solo dalle applicazioni del nuovo istituto si potrà vedere se l’obbiettivo di anticipare l’emersione della crisi potrà considerarsi raggiunto oppure se il pericolo di perdere il controllo della procedura e degli *assets* concordatari costituisca nella pratica più un disincentivo ad “autodenunciare” la propria crisi. Per quanto tale intervento sia positivo e apprezzabile non può, però, avere lo stesso effetto che avrebbe l’introduzione nel sistema delle procedure di allerta che sono state oggetto di attenzione da parte della Commissione Rordorf⁷¹.

⁶⁷ GALLETTI, *Le proposte nel concordato preventivo: il sistema vigente saprà evitare il pericolo di rigetto?*, in Ilfallimentarista.it.

⁶⁸ GUIDOTTI, *Misure urgenti in materia fallimentare (d.l. 27 giugno 2015, n. 83): le modifiche alla disciplina del fallimento e le disposizioni dettate in tema di proposte concorrenti*, pag. 9, in Ilcaso.it.

⁶⁹ FABIANI, *L’ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, pag. 6, in Crisi d’Impresa e Fallimento, da Ilcaso.it.

⁷⁰ BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pag. 10, in Fallimenti e Società.it.

⁷¹ I lavori della Commissione sono terminati in data 29 dicembre 2015 con la trasmissione al Governo di uno schema di legge delega, accompagnato da una Relazione esplicativa.

2.2 Le proposte concorrenti e il possibile contrasto con la Costituzione

La possibilità di presentare proposte concorrenti e dunque l'intervento dei creditori nel concordato può limitare il ruolo del debitore nella gestione della procedura. Naturalmente l'imprenditore in concordato è già sottoposto ad una serie di cautele quali ad esempio la necessità di rivolgersi al tribunale per l'autorizzazione degli atti di straordinaria amministrazione e per lo scioglimento dei contratti pendenti ex art. 169-bis l.fall.

Gli interessi e le ragioni dei creditori (che possono avere una differente prospettiva sulla procedura) li possono ora portare ad inserirsi nel concordato preventivo e a fare concorrenza al debitore tramite le proposte concorrenti. Le modifiche dell'art. 163 l.fall., non hanno mancato, però, di sollevare dubbi e perplessità sulla tenuta costituzionale della nuova disciplina. Il potenziale contrasto, in particolare, potrebbe esserci con riferimento agli artt. 41-42 della Costituzione⁷².

Come già accennato, il legislatore aveva già introdotto per i creditori e per i terzi la possibilità di depositare proposte di concordato fallimentare. Con le modifiche del 2015 (in un contesto radicalmente diverso, quello del concordato preventivo) non si è rinunciato all'idea di *“minacciare all'imprenditore in crisi ovvero già insolvente l'esproprio della propria impresa”*, consentendo dunque ad un soggetto esterno di poter intervenire nella gestione della crisi⁷³, nel caso in cui il debitore non assicuri un pagamento ai chirografari nelle misure minime prevista dall'art. 163 comma 4. Secondo questa interpretazione, la ratio del nuovo istituto è da ricondurre alle medesime ragioni che hanno indotto il legislatore nel 2006, ad ampliare la platea dei legittimati alla presentazione di proposte di concordato fallimentare, anche a creditori e terzi. Non si realizza alcun tipo di esproprio nel concordato fallimentare in quanto *“il divieto per il fallito di amministrare i suoi beni e di disporre ha lo scopo di soddisfare i creditori del fallimento e l'ingerenza in questione persegue quindi uno scopo legittimo e conforme all'interesse generale, ossia la tutela del credito altrui”*⁷⁴.

⁷² PEZZANO e RATTI, *Il complesso processo (formativo e attuativo) delle proposte concorrenti*, pag. 9, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, da Ilcaso.it.

⁷³ RIMATO, *Proposte concorrenti e mercato delle proposte nel nuovo concordato preventivo*, pagg. 5-7, in *Fallimenti e società.it*.

⁷⁴ Cass. Sez. IV, 22 febbraio 2012, n. 2674, massimata in *Codice del Fallimento e della Crisi di impresa*.

Anche nel concordato fallimentare però, secondo le pronunce della giurisprudenza⁷⁵, l’iniziativa del terzo che comporti un ingiustificato sacrificio per il debitore “*si pone in contrasto con i principi ispiratori del sistema della responsabilità patrimoniale e con le norme che regolano il processo di esecuzione forzata, individuale e collettiva*”. Si aggiunge poi che “*la sottrazione al debitore del potere di amministrare i propri beni e di disporne trova giustificazione soltanto nei limiti risultanti dalle finalità, cui essa è predeterminata, di soddisfacimento delle pretese dei creditori*”. Nel contesto illustrato e nel rispetto delle indicazioni della giurisprudenza, non sembra che ci possano essere problematiche di tipo costituzionale per le proposte di concordato fallimentare. Pertanto, il meccanismo appare pienamente legittimo. Resta però da capire, se si possa giungere alla stessa conclusione anche per le proposte concorrenti regolate dall’art. 163 l.fall.

Innanzitutto, per quanto riguarda l’applicazione del nuovo istituto, si spera che le proposte concorrenti nel concordato preventivo possano avere un maggior successo rispetto alle proposte di concordato fallimentare⁷⁶. In quest’ultima situazione infatti, “*l’esperienza ci ha dimostrato che una volta che l’impresa è fallita, nella maggior parte dei casi il valore imprenditoriale è disperso e non vi è più un interesse competitivo sull’impresa*”⁷⁷.

Secondo una diversa interpretazione “*la diversità ontologica tra i due istituti porta, quindi a ritenere non estendibile al concordato preventivo la ratio sottesa al concordato fallimentare*”⁷⁸. Il concordato preventivo ha delle specificità diverse e si propone di intervenire in una fase precedente. Quando il debitore chiede di essere ammesso a questa procedura non è stato dichiarato insolvente, ma si trova in una condizione di crisi più o meno grave. Non si verifica la situazione di spossessamento in senso proprio, in quanto il debitore si trova in una condizione che viene spesso definita come di “spossessamento attenuato”.

L’utilizzo delle proposte concorrenti da parte dei creditori, potrebbe comportare una limitazione dell’autonomia del debitore nella gestione della sua crisi⁷⁹. Un elemento fondamentale del nostro

⁷⁵ Cass. 29 ottobre 2013 n. 24359 in *Giust. Civ. Mass. 201*; Cass. 29 luglio 2011 n. 16378, *ivi*; Cass. 22 marzo 2010 n.6904, in *Foro.it.* GALLETTI, *Le proposte concorrenti nel concordato preventivo: il sistema saprà evitare il pericolo di rigetto?*, in *Ilfallimentarista.it*, afferma che “*sarebbe inammissibile, siccome caratterizzato da “abuso” dello strumento il concordato che possa comportare per il proponente il trasferimento a proprio vantaggio di attivi di valore superiore a quanto necessario per pagare tutti i creditori insinuati e le spese della procedura*”.

⁷⁶ RIMATO, *Proposte concorrenti e mercato delle proposte nel nuovo concordato preventivo*, pag. 7, in *Fallimenti e società.it*, afferma, poi, come a distanza di più di un decennio dall’introduzione delle proposte di concordato fallimentare “*siffatto meccanismo abbia deluso le aspettative*”.

⁷⁷ FABIANI, *L’ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, pag. 7, in *Crisi d’Impresa e Fallimento*, da *Ilcaso.it*.

⁷⁸ PEZZANO e RATTI, *Il complesso processo (formativo e attuativo) delle proposte concorrenti*, pag. 11, in *Crisi d’Impresa e Fallimento*, da *Ilcaso.it*.

⁷⁹ PANZANI, *Introduzione ad AMBROSINI, Il diritto della crisi d’impresa dopo la riforma del 2015*, pag. 12, Zanichelli, secondo il quale “*la previsione della contendibilità nel caso in cui il debitore concordatario si trovi in stato*

Paese e del suo sistema economico è dato dal fatto che è costituzionalmente garantita la libera iniziativa economica privata (art.41 della Costituzione).

Spetta, prima di tutto, al debitore trovare una soluzione alla crisi. A maggior ragione se la domanda di concordato e le proposte dei creditori possono non essere omogenee tra loro (come sembra si possa ammettere), cioè ad esempio nel caso in cui una delle parti proponga un concordato con continuità ai sensi dell'art.186 bis l.fall., mentre l'altra chiede un concordato meramente liquidatorio. Infatti, quando si accede al concordato preventivo non c'è stato un provvedimento che ha accertato e dichiarato l'insolvenza irreversibile dell'impresa⁸⁰. Anzi il debitore, secondo lo schema tipico del concordato, potrebbe uscire dalla crisi proprio attraverso un accordo con i creditori che consenta una riduzione dei propri debiti o comunque una moratoria nel pagamento.

Tuttavia, una critica mossa a questa interpretazione riguarda le condizioni in cui versa l'imprenditore che chiede di poter accedere al concordato preventivo. Nel momento in cui questi fa richiesta, molto spesso la crisi è in stato avanzato oppure ci si trova già in stato d'insolvenza⁸¹. È risaputo infatti come *“nel nostro paese la stragrande maggioranza delle imprese siano a base familiare sicché vi è una certa riluttanza ad ammettere lo stato di crisi ovvero di insolvenza in cui naviga la propria impresa”*⁸². La distinzione tra le due situazioni poi, nella prospettiva aziendalistica, è piuttosto sfumata soprattutto se si consideri l'insolvenza secondo una concezione dinamica e la crisi *“come una successione di perdite di esercizio costanti e ripetute, con progressiva erosione del patrimonio netto”*⁸³.

C'è infatti una diffusa corrente di pensiero, la quale ritiene *“l'impresa insolvente, dove non c'è più valore, un bene destinato ad assolvere solo a funzioni di garanzia patrimoniale (art. 2740*

di crisi, come previsto dalla recente riforma, può portare a una questione di legittimità costituzionale per contrasto con il disposto dell'art. 41 della Costituzione”.

⁸⁰ BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pagg. 9-11, in *Fallimenti e società.it*. Secondo l'autore infatti *“una cosa è l'insolvenza latente, possibile e anche probabile, altro la insolvenza declamata con una sentenza”.*

⁸¹ FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, pag. 10, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, da *Ilcaso.it*, a tal proposito si domanda se *“sul piano dell'esperienza si sia mai visto un imprenditore accedere al concordato quando non è già in stato di insolvenza”.* GALLETTI, *Le proposte concorrenti nel concordato preventivo: il sistema saprà evitare il pericolo di rigetto?*, in *Ilfallimentarista.it*, afferma che *“i concordati caratterizzati da un mero stato di crisi esistono praticamente solo nelle pagine dei manuali”.* In senso contrario, BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pagg. 10-11, in *Fallimenti e Società.it*, secondo il quale non è vero che tutti gli imprenditori che chiedono l'accesso al concordato si trovino sempre in stato d'insolvenza. Si tratta di un dato non reale perché ci sono dei casi, seppur minoritari in cui gli imprenditori si trovano in una crisi non degenerata in insolvenza.

⁸² RIMATO, *Proposte concorrenti e mercato delle proposte nel nuovo concordato preventivo*, pag. 7, in *Fallimenti e società.it*.

⁸³ VELLA, *La contendibilità dell'azienda in crisi, dal concordato preventivo alla proposta alternativa del terzo*, pag. 9, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, da *Ilcaso.it*.

c.c.), e quindi è in realtà un bene ormai nella piena disponibilità dei creditori”⁸⁴. La presenza di proposte concorrenti non solleverebbe particolari dubbi proprio perché oggi l’insolvenza è espressamente compresa all’interno della definizione di crisi. Dopo che quest’ultimo stato è accertato dal tribunale con il decreto di ammissione, il patrimonio dell’imprenditore non può più essere considerato come di sua esclusiva proprietà, essendo ormai già destinato alla soddisfazione dei creditori⁸⁵, in quanto precedentemente espropriati del loro credito. Seguendo fino in fondo questo ragionamento non ci potrebbero essere contrasti tra la novella dell’art 163 l.fall. e la Costituzione.

Il nuovo istituto consente ai creditori di sostituirsi all’imprenditore, nella gestione della crisi espropriando il suo patrimonio. Qui il contrasto sarebbe con l’art. 42 della Costituzione il quale prevede che la proprietà possa essere espropriata per motivi di interesse generale e previo indennizzo che, come si può facilmente intuire, non è presente nel caso in esame. Inoltre, la sottrazione nella gestione dell’impresa in procedura, contrariamente a quanto previsto dalla Costituzione nel caso di specie, avviene a favore di privati che tale interesse generale non possono evidentemente realizzare.

Queste critiche sembrano poter essere superate, proprio per come è stato costruito il meccanismo delle proposte concorrenti⁸⁶. Come si avrà modo di vedere anche in seguito, le proposte concorrenti non possono essere presentate quando il debitore assicuri di pagare i chirografari nella misura del 40% nei concordati liquidatori (il 30% in quelli in continuità). Se il debitore, nella domanda di concordato, non riuscisse a garantire il pagamento dei chirografari nelle misure minime previste, metterebbe in evidenza come lo stato in cui si trova sia più assimilabile a una situazione d’insolvenza. A questo punto, in base alle indicazioni contenute nella Relazione accompagnatoria della legge di conversione, il patrimonio del debitore “deve ritenersi integralmente sottoposto a un vincolo di soddisfazione dei creditori”⁸⁷.

Tuttavia il mancato raggiungimento di queste percentuali non impedisce in alcun modo l’approvazione del concordato, ma comporta solo il pericolo per il debitore di perdere il controllo sulla gestione della procedura, a causa della presentazione di proposte concorrenti.

⁸⁴ FABIANI, *L’ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, pag. 9, in *Crisi d’Impresa e Fallimento*, da Ilcaso.it. In questo senso anche VITIELLO, *Le proposte concorrenti nel concordato preventivo: le possibili soluzioni alle primissime questioni interpretative*, in *Ilfallimentarista.it*.

⁸⁵ VAROTTI, *Appunti veloci sulla riforma del 2015 della Legge Fallimentare*, pag. 5, in *Crisi d’impresa e fallimento*, da Ilcaso.it.

⁸⁶ In questo senso D’ATTORRE, *La nuova mini-riforma della legge fallimentare*, pag. 134, Giappichelli Editore, secondo il quale le soglie di pagamento del 30-40% contribuirebbero “ad allontanare i dubbi di potenziale illegittimità incostituzionale”.

⁸⁷ Questo documento risulta consultabile sul sito del Ministero della giustizia al seguente link, https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_2_1.page.jsessionid=dr6hj3-GBXRiTp2dvByLD9cD?contentId=SAN1168062&previousPage=mg_1_2_1

Anche questa soluzione non è esente da problematiche⁸⁸, soprattutto per 2 motivazioni. L'accettazione da parte dei chirografari di una riduzione del valore dei loro crediti per importi molto consistenti pari al 60-70% potrebbe non essere conciliabile con la nozione di crisi. Il secondo problema deriva poi dall'esperienza pratica dei concordati chiusi negli ultimi anni. Le percentuali che venivano proposte ai chirografari erano così basse (a volte anche inferiori all'1%), che il legislatore ha sentito l'esigenza di intervenire per porre un freno a questa situazione con l'obbligo di assicurare nella proposta (per quanto riguarda i concordati liquidatori) il pagamento di almeno il 20% dei chirografari.

Le percentuali di pagamento che il debitore deve garantire se non si vuole consentire ai creditori di depositare proposte concorrenti, risultano ancora più difficili da assicurare, sicché nella maggioranza dei casi non sarà possibile garantire il pagamento dei chirografari secondo le soglie previste dall'art. 163 comma 5. È intuibile come la gara tra le varie proposte e la domanda del debitore diventi la *“regola di ogni concordato preventivo, dal momento che difficilmente il debitore nella propria domanda arriverà ad assicurare un pagamento nelle diverse percentuali prefissate dalla Legge, quant'anche poi siffatte percentuali fossero assicurate, nulla esclude una contestazione delle stesse da parte del C.G. e dei soggetti terzi proponenti il concordato”*⁸⁹.

Le proposte concorrenti, quindi, introducono *“una deroga all'interno dell'impianto in cui sono inserite, dovendo le “autotutele” concordatarie cedere il passo all'appalesarsi dell'insolvenza”*⁹⁰. Il legislatore però, nel riequilibrare gli interessi tra debitori e creditori, si sarebbe spostato troppo verso la difesa di questi ultimi soggetti *“in quanto all'accordo tra debitore e creditori si sostituisce l'accordo tra il proponente e i creditori, con quale, però, si definisce la sorte del patrimonio del debitore, che rimane estraneo (terzo) all'accordo”*⁹¹, con l'ulteriore effetto positivo per il proponente di vincolare i dissenzienti minoritari.

⁸⁸ VELLA, *La contendibilità dell'azienda in crisi, dal concordato preventivo alla proposta alternativa del terzo*, pag. 22, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, da Ilcaso.it, secondo la quale il problema di tenuta costituzionale non *“può essere agevolmente superato con l'affermazione per cui le soglie di soddisfacimento del 40% e del 30% attesterebbero una condizione di insolvenza”*, BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pagg. 11-12, in *Fallimenti e Società.it*, afferma che non *“sembra sufficiente a superare i dubbi sulla tenuta costituzionale della norma il fatto che i creditori non possano presentare proposte concorrenti quando il professionista incaricato attesti che quella formulata dal debitore assicuri il pagamento di almeno il 40 % dell'ammontare dei crediti chirografari”*.

⁸⁹ RIMATO, *Proposte concorrenti e mercato delle proposte nel nuovo concordato preventivo*, pagg. 14-15, in *Fallimenti e società.it*. Nello stesso verso si è espressa anche GIORGETTI, *Critica alla legge fallimentare riformata: la legittimazione dei terzi a proporre domanda di concordato quale ipotesi di soluzione alternativa*, in *Ifallimentarista.it*.

⁹⁰ PEZZANO e RATTI, *Il complesso processo (formativo e attuativo) delle proposte concorrenti*, pag. 17, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, da Ilcaso.it.

⁹¹ BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pagg. 12-13, in *Fallimenti e società.it*.

La soluzione più corretta per dirimere definitivamente questi dubbi di costituzionalità potrebbe essere stata quella di limitare tali norme ai soli concordati liquidatori, escludendo invece quelli con continuità diretta⁹².

2.3 I presupposti soggettivi.

Il comma 4 dell'art. 163 l.fall. individua i presupposti soggettivi per la presentazione di proposte concorrenti. È stabilito infatti, che “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 comma, lettera a), possono presentare una proposta concorrente di concordato preventivo”.

Dalla lettura della norma si può capire come la legittimazione attiva spetti ai creditori concorsuali (uno o più), a condizione però che abbiano un ammontare di crediti sul totale piuttosto rilevante. Tale percentuale è stabilita nella misura del 10% e dovrebbe fungere, secondo il parere della Seconda Commissione Permanente Giustizia⁹³, da “filtro”. Questa soglia può essere raggiunta “anche per effetto di acquisti successivi alla presentazione della domanda di cui all'articolo 161”. Gli acquisti di crediti possano avvenire fino a 30 giorni prima dell'adunanza dei creditori, termine ultimo per il deposito di proposte concorrenti⁹⁴.

Al di sotto della soglia prevista dal legislatore si rischierebbero di avere più effetti negativi che vantaggi, dovuti ad esempio alla presentazione di proposte senza basi solide o comunque da parte di concorrenti interessati solo a rilevare o eliminare dal mercato i propri competitors. Senza tale soglia, inoltre, si finirebbe per appesantire eccessivamente la procedura⁹⁵, già comunque molto rigida. Non tutti però concordano con questa visione, in quanto l'intervento del legislatore sarebbe stato

⁹² BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pag. 13, in Fallimenti e società.it.

⁹³ Relazione orale 2ª Commissione permanente (Giustizia) in sede referente, 24 luglio 2015 – 5 agosto 2015.

⁹⁴ VAROTTI, *Appunti veloci sulla riforma del 2015 della Legge Fallimentare*, pag. 6, in Crisi d'impresa e fallimento, da Ilcaso.it.

⁹⁵ GUIDOTTI, 2015, *Misure urgenti in materia fallimentare (d.l. 27 giugno 2015, n. 83): le modifiche alla disciplina del fallimento e le disposizioni dettate in tema di proposte concorrenti*, pag. 14, in Ilcaso.it.

caratterizzato da timidezza nella piena apertura a logiche concorrenziali, soprattutto perché avrebbe fortemente limitato il novero dei soggetti potenzialmente interessati⁹⁶. La norma è infatti diversa rispetto a quella del concordato fallimentare, prevista nell'art. 124 l.fall. In quest'ultima situazione, la proposta di concordato può essere fatta da ciascun creditore indipendentemente dall'ammontare del suo credito, ma anche da terzi.

Innanzitutto bisogna capire quale sia l'ammontare dei debiti sul quale andrà poi calcolata la percentuale del 10%. Sembra si possa dire con sufficiente sicurezza che per calcolare tale soglia si debba prendere l'intero *“ammontare del passivo indicato dal debitore, comprensivo dei creditori prelatizi e chirografari e di quelli ammessi e non al voto”*⁹⁷.

Emerge però un problema o comunque un'imprecisione nella formulazione del comma 4. Si fa infatti riferimento alla lettera a) del comma 2 art. 161 l.fall., cioè all'aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa. Si ritiene però⁹⁸, che sarebbe stato più corretto richiamare la lettera b) dello stesso articolo che prescrive al ricorrente il deposito *“dell'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione”*.

Secondo le indicazioni che provengono dalla giurisprudenza, tale documento *“deve costituire un indice puntuale di tutti i creditori, comprensivo sia dei chirografari che dei prelatizi, che riporti per ciascuno l'ammontare preciso e riscontrabile del credito, specificando la parte chirografaria e la parte prelatizia e, per questa seconda, il titolo della prelazione”*⁹⁹. Entrambi i documenti (sia quello previsto dalla lettera a) che quello della lettera b)) sono comunque provvisori (in quanto soggetti al controllo del commissario giudiziale e alle possibili contestazioni dei creditori in sede adunanza) e predisposti dal debitore, secondo dunque una prospettiva unilaterale¹⁰⁰. Per quelle proposte che sono state presentate dopo il deposito da parte del Commissario Giudiziale della Relazione ex art. 172 l.fall, sembra possibile fare riferimento a quest'ultimo documento¹⁰¹.

Resta da capire però un altro importante punto della disposizione, cioè chi siano i creditori che raggiungano la quota del 10% *“per effetto di acquisti successivi alla presentazione della domanda di*

⁹⁶ 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*, pag.4, in Ilcaso.it.

⁹⁷ BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pag. 15, in Fallimenti e Società.it.

⁹⁸ VELLA, *La contendibilità dell'azienda in crisi, dal concordato preventivo alla proposta alternativa del terzo*, pag. 27, in Crisi d'Impresa e Fallimento, da Ilcaso.it. Nello stesso verso si è espresso anche BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pag. 15, in Fallimenti e Società.it, il quale parla del riferimento alla lettera a) comma 1 art 160 l.fall. come di un'imprecisione del legislatore.

⁹⁹ Tribunale di Siracusa, 2 maggio 2012, in Ilcaso.it

¹⁰⁰ D'ATTORE, 2015, *Le proposte concorrenti nel concordato preventivo*, pag. 1166, in Fallimento.

¹⁰¹ PEZZANO e RATTI, *Il complesso processo (formativo e attuativo) delle proposte concorrenti*, pag. 21, in Crisi d'Impresa e Fallimento, da Ilcaso.it.

cui all'art. 161". Se si segue una rigida interpretazione gli unici legittimati sembrerebbero essere solo i creditori che erano già tali quando il debitore ha fatto domanda di concordato¹⁰². Il peso tra i vari creditori potrà variare per effetto degli acquisti, ma non ci potranno essere interventi di terzi.

Nello stesso verso si sono espressi anche altri autori, i quali ritengono che *"i creditori divenuti tali successivamente alla presentazione della domanda di concordato, partendo da posizioni di terzietà non sono legittimati a concorrere con la proposta e ciò avviene in distonia, rispetto al concordato fallimentare"*¹⁰³. Questa limitazione nella presentazione di proposte ai soli creditori, è per coloro che seguono questa tesi, una scelta non solo opportuna, ma soprattutto necessaria per rendere coerente il nuovo istituto con i principi costituzionali e con quelli generali in materia di esecuzione forzata¹⁰⁴. I dati testuali escluderebbero i terzi dai soggetti autorizzati a proporre proposte concorrenti. Tuttavia anche secondo la tesi più restrittiva, i terzi potranno intervenire utilizzando i creditori come un semplice veicolo per la presentazione di proposte, garantendo loro le risorse finanziarie necessarie per realizzare la proposta, ma in realtà gestendo direttamente la proposta concorrente.

Sempre secondo questa interpretazione, gli acquisti saranno funzionali solo a coloro che sono già creditori e che intendono raggiungere il 10% per poter in questo modo fare una proposta concorrente¹⁰⁵. Si verrebbe a creare un limite importante alla circolazione dei crediti deteriorati e all'utilizzo dello stesso istituto da parte di soggetti esterni, ma comunque interessati a rilevare i crediti ed a intervenire nella procedura. I terzi non potrebbero presentare proposte neanche nel caso in cui raggiungano o superino la percentuale prevista dall'art. 163 l.fall. e ciò farebbe venir meno una delle ragioni principali che li incentivano a comprare questi crediti dai creditori concorsuali.

Se si guarda invece maggiormente alle intenzioni del legislatore, il gruppo dei legittimati a proporre proposte diventerebbe più ampio. L'interpretazione estensiva sarebbe inoltre più coerente con gli obiettivi generali del D.L. 83/2015 e della sua Legge di conversione, tutti imperniati a riequilibrare le posizioni tra creditore e debitore¹⁰⁶ e a favorire la concorrenza nella procedura di concordato preventivo. Può tornare utile per capire l'interpretazione migliore da dare alla disposizione, l'analisi

¹⁰² VAROTTI, *Appunti veloci sulla riforma del 2015 della Legge Fallimentare*, pag. 2-3, in *Crisi d'impresa e fallimento*, da Ilcaso.it, secondo il quale *"la legittimazione a depositare proposte concorrenti è rimessa ai creditori dell'imprenditore e non anche a terzi interessati"*.

¹⁰³ PEZZANO e RATTI, *Il complesso processo (formativo e attuativo) delle proposte concorrenti*, pag. 23, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, da Ilcaso.it, Gli autori tuttavia non mancano di sollevare perplessità in quanto *"la formale delegittimazione dei terzi è, quindi, incoerente se il fine ultimo del concorso concordatario è proprio quello di ottimizzare i risultati attesi dai creditori"*.

¹⁰⁴ VAROTTI, *Appunti veloci sulla riforma del 2015 della Legge Fallimentare*, pag. 3, in *Crisi d'impresa e fallimento*, da Ilcaso.it.

¹⁰⁵ In questo senso LAMANNA, 2015, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. 83/2015*, pag. 27, Giuffrè editore.

¹⁰⁶ BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pag. 12, in *Fallimenti e Società.it*

della Relazione accompagnatoria alla legge¹⁰⁷. Questa, sebbene non sia in alcun modo vincolante, apre anche “a investitori interessati a compiere un’operazione di acquisto e risanamento di un’impresa in concordato”.

Se ci si fermasse infatti al solo dato testuale, si finirebbe per ridurre di molto la portata innovativa delle modifiche all’art. 163 e non ci sarebbe coerenza con la ratio della norma¹⁰⁸ che “*consiste invero, dichiaratamente nell’ampliare il più possibile la platea dei soggetti legittimati*” e deve dunque ritenersi legittimato, con ogni probabilità alla presentazione di proposte concorrenti “*anche chi sia diventato creditore per effetto di acquisti successivi al deposito della domanda da parte dell’imprenditore*”¹⁰⁹. L’intervento di terzi nella procedura può avvenire comunque solo a seguito dell’acquisto dei crediti. Gli estranei alla procedura che non abbiano acquistato i crediti non vi possono incidere in alcun modo.

In questo modo si potrebbe creare anche in Italia, ciò che esiste in molti altri Paesi (in particolar modo negli Stati Uniti): un mercato dei distressed debts in cui intervengono e decidono di investire gli operatori specializzati. Questi soggetti riuscirebbero a rendere il mercato dei crediti deteriorati più attivo. I creditori concorsuali possono benissimo cedere a terzi esterni, i quali subentreranno a loro volta nella posizione del creditore cedente, finendo per divenire essi stessi creditori concorsuali¹¹⁰. Non esiste infatti nessun obbligo da rispettare nella circolazione di tali crediti. Queste compravendite effettuate con l’intento di raggiungere la soglia prevista sono efficaci e opponibili anche se avvenute dopo la domanda di concordato.

Il legislatore precisa poi che “*ai fini del computo della percentuale del dieci per cento, non si considerano i crediti della società che controlla la società debitrice, delle società da questo controllate e di quelle sottoposte a comune controllo*”. Si tratta di un vero e proprio requisito negativo¹¹¹ da rispettare nella presentazione di proposte che esclude le società che appartengono allo stesso gruppo del debitore. Anche qui le affinità con il concordato fallimentare ci sono e sono evidenti. Il legislatore non ha fatto altro che prevedere anche nel concordato preventivo quanto già prescritto dall’art. 127 l.fall. in materia di concordato fallimentare.

¹⁰⁷ Questo documento risulta consultabile sul sito del Ministero della giustizia al seguente link,

https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_2_1.page;jsessionid=dr6hj3-GBXRiTp2dvByLD9cD?contentId=SAN1168062&previousPage=mg_1_2_1

¹⁰⁸ BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pag. 15, in *Fallimenti e Società.it*, secondo il quale poi “*la stessa dizione normativa non è così univoca da escludere altra interpretazione che consenta a chiunque – singolo terzo o più soggetti aggregati – di acquisire crediti concorsuali e diventare, quindi creditore concorsuale legittimato a proporre proposte concorrenti*”.

¹⁰⁹ AMBROSINI, *Il diritto della crisi d’impresa*, pag. 29, in *Crisi d’Impresa e Fallimento*, da *Ilcaso.it*. Nello stesso verso anche SABATELLI, *Appunti sul concordato preventivo dopo la legge di conversione del D.L. n. 83/2015*, pag. 23, in *Crisi d’Impresa e Fallimento*, da *Ilcaso.it*.

¹¹⁰ BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pag. 16, in *Fallimenti e Società.it*.

¹¹¹ PEZZANO e RATTI, *Il complesso processo (formativo e attuativo) delle proposte concorrenti*, pag. 24, in *Crisi d’Impresa e Fallimento*, da *Ilcaso.it*.

L'esclusione di questi soggetti, prevista dall'art. 163 comma 4, pare debba essere intesa in maniera generalizzata e quindi sia per quelli che sono già creditori concorsuali, sia per quelli che subentrano nella procedura a causa dell'acquisto di questi crediti. Lo scopo in questo caso non è quello di limitare la circolazione dei crediti. È infatti grazie all'apertura a soggetti esterni che si può raggiungere questo obiettivo. In sostanza si vogliono evitare possibili situazioni di conflitto di interessi.

In conclusione la soluzione preferibile appare quella che individua i legittimati a porre proposte in entrambe le categorie: i creditori concorsuali fin dall'origine e quelli sopravvenuti per acquisti successivi all'apertura della procedura¹¹². Può tornare utile per avere un quadro più completo sulla questione dei soggetti legittimati a depositare una proposta concorrente, la circolare operativa del Tribunale di Bergamo del 3 marzo 2016¹¹³. Questa rappresenta uno dei primi orientamenti della giurisprudenza sul tema, nella quale il tribunale si è sostanzialmente allineato a quella che pare essere la tesi maggioritaria in dottrina. In particolare, viene ribadito che la legittimazione a presentare proposte concorrenti spetta a qualsiasi soggetto, anche se non è inizialmente compreso nell'elenco dei creditori e che rappresenti il 10% anche per acquisti successivi alla presentazione della domanda di concordato.

2.4 I presupposti oggettivi

Oltre al rispetto della percentuale del 10% da parte di uno o più creditori, devono essere soddisfatte anche altre condizioni per la presentazione di proposte concorrenti nel concordato preventivo. Queste sono contenute nel comma 5 dell'art 163 L.F. Il risultato a cui è giunto il legislatore è frutto di una serie di modifiche. Nel Decreto Legge la disposizione sembrava essere più vaga e confusa¹¹⁴, soprattutto con riferimento al pagamento dei chirografari, che il debitore deve assicurare nel suo piano per impedire la presentazione di proposte concorrenti da parte dei creditori concorsuali.

¹¹² In questo senso AMBROSINI, *Il diritto della crisi d'impresa*, pag. 29, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, da Ilcaso.it.

¹¹³ TRIBUNALE DI BERGAMO SECONDA SEZIONE CIVILE, circolare operativa n. 2/16, consultabile al seguente link http://www.odcec.bg.it/documento/circolare-operativa-n-22016-del-3-marzo-2016-2/attachment/circolare_operativa_2_2016/

¹¹⁴ Il testo del comma 5 prima delle modifiche della Legge di conversione era il seguente “*Le proposte di concordato concorrenti non sono ammissibili se non risulta che la proposta del debitore assicura il pagamento, ancorché dilazionato, di almeno il 40% dell'ammontare dei crediti chirografari*”. Questa formulazione, rispetto a quella attuale, era al negativo.

Lungo l'iter legislativo di approvazione, l'intervento della Commissione ha avuto il pregio di chiarire meglio i dubbi interpretativi della disposizione, manifestatesi già subito dopo l'entrata in vigore del Decreto. In particolare è specificato ora come sia necessario l'intervento di un professionista attentatore, il quale garantisca che il piano del debitore sia in grado di assicurare il pagamento minimo richiesto ai creditori concorsuali.

A tal proposito il testo dell'art 163 l.fall. stabilisce che *“le proposte di concordato concorrenti non sono ammissibili se nella relazione di cui all'art. 161, terzo comma, il professionista attesta che la proposta di pagamento è in grado di assicurare il pagamento di almeno il quaranta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari o, nel caso di cui all'art. 186 bis, di almeno il trenta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari”*. Se il debitore riesce a garantire il pagamento nella misura minima prevista, in questo modo può bloccare la presentazione di proposte concorrenti. Si tratta in sostanza di una condizione di ammissibilità delle proposte concorrenti¹¹⁵.

In ogni caso, anche dopo la modifica, il mancato raggiungimento delle percentuali indicate rappresenta la condizione per l'apertura alla concorrenza. Nel corso della procedura concordataria può comunque intervenire anche lo stesso debitore, che nel caso lo reputi opportuno può migliorare la sua proposta iniziale, modificando e integrando quanto precedentemente promesso. Egli può certamente *“effettuare un rilancio sulla proposta concorrente”*¹¹⁶. Tuttavia, il rischio di perdere la gestione della crisi per la presentazione di proposte non gradite, anche da parte dei competitors, dovrebbe incentivare il debitore a presentare sin da subito la migliore proposta possibile *“evitando stucchevoli rilanci endoconcordatari”*¹¹⁷.

Un altro relevantissimo cambiamento in sede di conversione ha riguardato la differenziazione delle soglie tra concordati liquidatori e quelli in continuità aziendale. Per quest'ultima tipologia di concordato, è infatti stata abbassata la soglia che il debitore deve garantire ai chirografari. L'obbiettivo è quello di favorire i concordati in continuità, per il valore che il legislatore attribuisce alla salvaguardia dell'impresa¹¹⁸ e anche per la consapevolezza della maggiore incertezza e dei maggiori rischi che questa procedura comporta.

Si sta andando già da qualche anno, infatti, verso la diversificazione della disciplina applicabile alle due tipologie di concordato. I confini però, tra proposta liquidatoria e in continuità non sono così agevoli da definire e si corre il rischio di spacciare *“come caratterizzato da continuità indiretta*

¹¹⁵ BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pag. 20, in Fallimenti e Società.it.

¹¹⁶ PEZZANO e RATTI, *Il complesso processo (formativo e attuativo) delle proposte concorrenti*, pag. 29, in Crisi d'Impresa e Fallimento, da Ilcaso.it.

¹¹⁷ FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgia e incerte contaminazioni ideologiche*, pag. 11, in Crisi d'Impresa e Fallimento, da Ilcaso.it.

¹¹⁸ BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pagg. 18-19, in Fallimenti e Società.it.

*proposte che si traducono in una cessione mascherata*¹¹⁹, proprio per avvantaggiarsi dei benefici previsti per i concordati in continuità. Tuttavia, anche se si cerca di agevolare la prosecuzione dell'attività, il concordato preventivo non può considerarsi allo stato attuale *“uno strumento di risanamento delle imprese”*, ma rimane ancora *“una procedura di concorso per il soddisfacimento dei creditori”*¹²⁰.

La disposizione del comma 5 dell'art. 163 l.fall. è simile a quella che il Decreto Legge 83/2015 ha previsto all'art. 160, comma 4 e che rappresenta una delle novità più importanti del Decreto. Secondo quest'ultima norma per poter giungere all'approvazione e all'omologazione del concordato liquidatorio si deve assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari. Le norme come si vede operano su piani diversi, ma la loro formulazione presenta qualche somiglianza.

In entrambe le situazioni si fa infatti riferimento al termine “pagamento” e ciò ha comportato non pochi problemi. Secondo una prima interpretazione più restrittiva, il legislatore *“ha chiaramente inteso distinguere il concetto di soddisfazione da quello di adempimento delle obbligazioni pecuniarie secondo le regole codicistiche”*, con la conseguenza che il pagamento delle soglie previste dall'art. 163 comma 4, non può avvenire con modalità diverse dal denaro¹²¹. Sarebbe pertanto possibile, secondo l'interpretazione letterale, perdere la gestione della procedura a favore delle proposte dei creditori anche qualora il debitore garantisca una soddisfazione non monetaria per percentuali maggiori del 30-40%, ma non riesca comunque ad assicurare il pagamento in denaro nelle percentuali previste.

I creditori concordatari possono ricavare soddisfazione non solo attraverso il pagamento di somme in denaro, ma anche tramite altre forme quali l'accollo o la datio in solutum. È lo stesso art. 160 comma 1, a prevedere nel piano, la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma. Secondo l'interpretazione estensiva, queste modalità di soddisfazione sono comunque ricomprese nel termine “pagamento” previsto dall'art. 163 comma 4 l.fall¹²². Si dovrebbe dunque abbandonare *“l'interpretazione strettamente letterale di questo termine”*, ritenendo comunque rispettato il pagamento dei chirografari nelle misure del 3-40%, anche quando sia prevista una modalità di

¹¹⁹ BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pag. 19, in Fallimenti e Società.it.

¹²⁰ FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgia e incerte contaminazioni ideologiche*, pag. 11, in Crisi d'Impresa e Fallimento, da Ilcaso.it.

¹²¹ NARDECCHIA, *Le modifiche apportate alla domanda di concordato preventivo*, pag. 20, in Ilcaso. In questo senso si è espresso anche FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgia e incerte contaminazioni ideologiche*, pag. 17, in Crisi d'Impresa e Fallimento, da Ilcaso.it, secondo il quale il termine è talmente preciso da ritenere non possibili altre forme di soddisfazione diverse dal denaro.

¹²² In questo senso si è espresso il TRIBUNALE DI PISTOIA, 29 ottobre 2015, il Ilcaso.it, secondo il quale il termine pagamento deve essere inteso nel senso più generale di soddisfazione.

soddisfacimento diversa dal pagamento in danaro¹²³. È comunque necessario attribuire ai creditori una percentuale di soddisfazione in rapporto all'ammontare dei crediti nelle misure minime previste dal legislatore¹²⁴. A sostegno di questa tesi si continua dicendo che *“la recente legislazione non può essere portata come esempio di alta tecnica redazionale, per cui non sarebbe affatto inverosimile se fosse stato usato il termine pagamento impropriamente”*¹²⁵.

Il D.L. 83/2015 ha modificato anche l'art. 161 l.fall. secondo il quale ora “in ogni caso, la proposta deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore”. Ma se l'adempimento potesse avvenire solo attraverso il denaro, non ci sarebbe bisogno di alcuna valutazione economica e rimarrebbe solo da verificare se il pagamento sia sufficiente al raggiungimento delle soglie minime. La valutazione economica è necessaria infatti, soprattutto per le utilità diverse dal denaro. Ma se quest'ultima rappresentasse l'unica modalità di soddisfazione che consente il raggiungimento delle soglie, avrebbe avuto poco senso intervenire su questa parte dell'articolo.

Un altro problema che bisogna chiarire riguarda le soglie minime e su come debbano essere calcolate. Se sia cioè obbligatorio rispettare per ciascun creditore le misure previste dal legislatore¹²⁶ o se sia sufficiente garantire in media un pagamento almeno pari alle percentuali richieste. Oggi è possibile, infatti, raggruppare i creditori secondo gruppi omogenei, chiamati classi, anche con l'obiettivo di favorire l'approvazione del concordato preventivo. Nel caso in cui si seguisse l'ipotesi più restrittiva, per ogni classe dovrebbe comunque essere previsto un pagamento che non potrebbe andare al di sotto della soglia minima.

In dottrina sembra prevalere la tesi contraria¹²⁷, secondo la quale potrebbero esistere classi che ricevono una soddisfazione inferiore alla misura prevista, a condizione che però sia garantito almeno in media quanto stabilito in misura minima dal legislatore. Per poter ottenere questo risultato, è comunque necessario che ad alcune classi sia promessa una soddisfazione superiore alle soglie, altrimenti non si potrebbe raggiungere in media la misura minima. A favore, poi, di questa interpretazione depone anche il fatto che la percentuale vada calcolata facendo riferimento al totale

¹²³ BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pag. 22, in Fallimenti e Società.it.

¹²⁴ LAMANNA, 2015, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. 83/2015*, pag. 18, Giuffrè editore, secondo il quale *“non viene modificata la possibilità concessa dall'art. 160 comma 1 di proporre le più diverse modalità di soddisfazione”*.

¹²⁵ BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pag. 22, in Fallimenti e Società.it.

¹²⁶ In questo senso BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pag. 25, in Fallimenti e Società.it, il quale afferma che la differenziazione delle soglie può essere effettuata solo per la parte eccedente la misura minima prevista. D'ATTORRE, *La nuova mini-riforma della legge fallimentare*, pagg. 120-1, Giappichelli Editore

¹²⁷ NARDECCHIA, *Le modifiche apportate alla domanda di concordato preventivo*, pag. 13, in Ilcaso.it. Per quanto riguarda la giurisprudenza, si è pronunciato in questo senso anche TRIBUNALE DI BERGAMO SECONDA SEZIONE CIVILE, circolare operativa n. 2/16; TRIBUNALE DI PISTOIA, 29 ottobre 2015, in Ilcaso.it.

dei crediti chirografari, considerati quindi nel loro insieme. Lo scopo delle classi è quello di offrire trattamenti differenziati a gruppi di creditori diversi (ma con interessi comuni per coloro i quali sono collocati all'interno della stessa classe). Non può essere certamente un obiettivo quello di aggirare la legge.

Elemento molto importante è l'attestazione del professionista, il quale deve garantire che la domanda del debitore riesca ad assicurare ai creditori il pagamento di almeno il 30-40% (a seconda della diversa tipologia di concordato) dell'ammontare dei crediti chirografari. Il piano infatti, deve essere idoneo ad assicurare¹²⁸ il pagamento di una parte certamente non indifferente, anche viste le recenti esperienze. L'intervento dell'attestatore riesce a garantire, in questo modo, una serietà e un'affidabilità maggiore alla proposta rispetto a quanto era previsto inizialmente nel decreto legge.

Sia per la previsione della soglia minima del 20% da assicurare nei concordati liquidatori, sia per quella che prevede lo sbarramento del 30-40% per la presentazione di proposte, viene usato il verbo "assicurare" (seppure sia coniugato in maniera diversa) e su di esso è necessario provare a fare chiarezza. Secondo le prime indicazioni della giurisprudenza, questo termine "*pur non potendo essere inteso nel senso di garantire, seppur relativo a valutazione prognostiche non si identifica con una mera previsione probabilistica*"¹²⁹. Tale prescrizione deve essere intesa in maniera stringente a maggior ragione dopo che il piano deve indicare, in ogni caso, l'utilità economica specificamente individuata ed economicamente valutabile (art 161 comma 1 lettera e)).

Nell'attestazione che valuta il patrimonio da liquidare, sembra possibile indicare percentuali di soddisfazione diverse per le soglie che riguardano le proposte concorrenti e per quelle che riguardano invece l'art. 160 comma 4. Si potrebbe dichiarare che i beni sono idonei ad assicurare il pagamento dei debitori in una determinata percentuale, ma impegnandosi effettivamente a pagare una percentuale inferiore¹³⁰ (comunque almeno uguale al 20% se si vuole che il concordato liquidatorio possa avere la possibilità di essere approvato).

Non sarebbe possibile, se si segue questo ragionamento, chiedere al debitore nessun obbligo ulteriore rispetto alla totale messa a disposizione dei creditori del patrimonio. In altre parole per garantire l'obbligo di pagare i creditori nel limite minimo delle soglie, si deve guardare alla consistenza del patrimonio. Dopo un'attenta valutazione economica l'attestatore deve verificare se i beni siano idonei a garantire il pagamento di quanto viene prospettato nella domanda. La

¹²⁸ BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pag. 37, in Fallimenti e Società.it.

¹²⁹ TRIBUNALE DI PISTOIA, 29 ottobre 2015, il Ilcaso.it.. Nello stesso verso anche PAGANI, *Rassegna di giurisprudenza (e spunti di dottrina) sul concordato preventivo a seguito del D.L. 83/2015*, pag. 8, in Ilcaso.it, secondo la quale "il verbo assicurare pare dunque esser stato utilizzato sì in senso atecnico, ma come sinonimo di impegno obbligatorio".

¹³⁰ BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pagg. 32-33, in Fallimenti e Società.it.

percentuale di soddisfazione raggiungibile dipende dall'intrinseco valore che i beni hanno, a prescindere dalla condotta del debitore¹³¹.

Un ruolo molto importante dunque, vengono ad assumere le attestazioni dei professionisti. I criteri che dovranno utilizzare nelle loro verifiche devono diventare più stringenti rispetto al passato, nell'indicare che la liquidazione dei beni sarà in grado di raggiungere la percentuale richiesta con certezza o comunque con elevata probabilità. L'attestatore non si potrà più limitare ad affermare la ragionevolezza del piano del debitore¹³². Il pagamento almeno nella misura minima richiesta dovrà, cioè, essere sostanzialmente sicuro¹³³.

Il raggiungimento delle soglie minime dipende infatti dalla stima dell'attestatore, che salvo circostanze particolari o inattese dovrebbe trovare riscontro nel momento successivo, cioè quando si procede alla vendita. La responsabilità è sua. Con riferimento ai primi commenti della giurisprudenza¹³⁴, l'attestazione del professionista deve fare espresso riferimento anche alle soglie previste dall'art. 163 l.fall. e al fatto che in base ai dati del piano sia possibile raggiungere le percentuali del 30-40%.

Inoltre, anche l'attestazione sulla veridicità dei dati e sulla fattibilità dell'accordo, redatta da un professionista incaricato del debitore, necessaria per l'accordo di ristrutturazione dei debiti (ai sensi dell'art 182-bis l.fall., stipulato con almeno il 60% dei creditori) deve far riferimento alla sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei all'accordo. Le formulazioni ora previste dagli artt. 160 e 163 l.fall., non si possono dire del tutto nuove, anzi erano già previste per l'accordo di ristrutturazione. Sembra sensato dunque, ritenere che il legislatore sia voluto andare nella stessa direzione, pur comunque tenendo in considerazione le differenti caratteristiche che hanno le due procedure.

¹³¹ In questo senso ZANICHELLI, *Il ritorno della ragione o la ragione di un ritorno?*, pag. 5, in Ilcaso.it

¹³² ZANICHELLI, *Il ritorno della ragione o la ragione di un ritorno?*, pag. 6, in Ilcaso.it, afferma che l'attestazione dovrà fornire la ragionevole certezza circa il risultato prospettato.

¹³³ BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pag. 30, in Fallimenti e Società.it.

¹³⁴ TRIBUNALE DI BERGAMO SECONDA SEZIONE CIVILE, circolare operativa n. 2/16, consultabile al seguente link

http://www.odcec.bg.it/documento/circolare-operativa-n-22016-del-3-marzo-2016-2/attachment/circolare_operativa_2_2016/

2.5 Il contenuto e la tipologia delle proposte

Il termine impiegato dal legislatore per l'intervento del creditore nella procedura concordataria è quello di "proposte". La parola è quindi diversa da quella utilizzata per la richiesta di concordato del debitore: "domanda". Dall'uso diverso che viene fatto di queste due parole si capirebbe come i creditori non siano legittimati a proporre domanda di concordato¹³⁵, in quanto il debitore resta, anche dopo la modifica del D.L. 83/2015, l'unico che può chiedere di essere ammesso alla procedura di concordato. Rimane ancora un suo potere esclusivo. In questo senso ci sarebbe una netta separazione tra domanda e proposta.

Secondo una diversa interpretazione però¹³⁶, questa divisione sarebbe molto più sfumata. Sia la domanda del debitore che la proposta del creditore intervengono sulla stessa procedura e cercano di regolare, seppure con modalità differenti, la crisi. Una volta che il procedimento è avviato, è possibile presentare proposte e *"il veicolo per introdurle non può che essere una domanda di ricorso, rivolta, come quella del debitore all'organo giudiziario, allo scopo di utilizzare quella struttura per raccogliere il voto e poi arrivare all'omologazione della proposta a condizioni diverse di quelle da questi introdotte"*¹³⁷.

Le proposte devono essere depositate alla cancelleria del tribunale, con le informazioni che identificano il proponente e con gli elementi formali della domanda di concordato. I requisiti di ammissibilità sono identici a quelli stabiliti per il debitore. Da ciò ne deriverebbe anche la conseguenza che la proposta concorrente, per le società, debba essere approvata e sottoscritta da coloro che hanno la rappresentanza, secondo quanto previsto dall'art. 152 l.fall¹³⁸.

Per quanto riguarda il contenuto della proposta, non pare esserci alcun obbligo per i creditori di presentare una proposta concorrente omogenea rispetto alla domanda del debitore¹³⁹. I proponenti,

¹³⁵ D'ATTORRE, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, in *Fallimento* 2015, pag. 1173.

¹³⁶ GIORGETTI, *Critica alla legge fallimentare riformata: la legittimazione dei terzi a proporre domanda di concordato quale ipotesi di soluzione alternativa*, in *Ifallimentarista.it*,

¹³⁷ BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pag. 46, in *Fallimenti e Società.it*. Nello stesso verso si è espresso anche RIMATO, *"Proposte concorrenti e mercato delle proposte nel nuovo concordato preventivo"*, pag. 14, in *Fallimenti e Società.it*, secondo il quale *"sotto un profilo contenutistico la domanda del terzo creditore si conformerà sulla falsariga di quella posta dal debitore"*.

¹³⁸ BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pag. 47, in *Fallimenti e Società.it*.

¹³⁹ In questo senso FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgia e incerte contaminazioni ideologiche*, pag. 11, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, da *Ilcaso.it*. ROSSI, *Il contenuto delle proposte concorrenti nel concordato preventivo (prime riflessioni)*, pag. 4, in *Crisi d'Impresa e fallimento*, da *Ilcaso.it*.

infatti, possono discostarsi dalla domanda originaria (anche nel caso in cui il debitore abbia previsto un concordato in continuità) cercando in questo modo il raggiungimento di una maggiore soddisfazione, in quanto è comunque “meglio un concordato liquidatorio ricco quanto basta, che un concordato in continuità povero”¹⁴⁰. Se non fosse possibile distaccarsi da quanto stabilito nella domanda, si finirebbe per limitare la competizione tra i soggetti potenzialmente interessati.

Il creditore con il deposito della proposta concorrente dovrà rispettare in ogni caso i vincoli imposti dalla Legge Fallimentare, come ad esempio il rispetto del pagamento di almeno il 20% dei chirografari nei concordati con proposta liquidatoria. Oltre a quello appena citato nessun altro limite è da rispettare per quanto riguarda la soddisfazione dei chirografari nei concordati liquidatori.

Nella proposta, è possibile che il creditore riesca a garantire una soddisfazione maggiore rispetto a quanto prospettato dal debitore nella domanda di concordato. Coloro che intendono presentare una proposta concorrente devono comunque rispettare le medesime regole richieste per l'imprenditore in crisi che chieda di essere ammesso al concordato. Non ci potranno dunque, essere condizioni diverse e più vantaggiose per i creditori in questo senso. Così come il piano del debitore, quello del creditore deve contenere la descrizione delle modalità, dei tempi che il proponente si impegna a rispettare e delle utilità specificamente individuate e valutate che promette.

La libertà dei proponenti riguarda anche un altro punto importante del piano: la formazione delle classi. Saranno liberi infatti di scegliere una diversa divisione dei creditori tra le classi. La materia è delicata e il legislatore ne è ben consapevole. Per questa ragione ha espressamente previsto nell'ultimo comma dell'art. 163 che la proposta “prima di essere comunicata ai creditori ai sensi del secondo comma dell'articolo 171, deve essere sottoposta al giudizio del tribunale che verifica la correttezza dei criteri di formazione delle diverse classi”. Secondo una parte della dottrina, questa precisazione appare superflua¹⁴¹, proprio perché comunque questo controllo giudiziale era già previsto in via generale dal primo comma dell'art. 163 l.fall.

La proposta concorrente potrà dunque essere del tutto simile a quella originaria, prendere questa come base per poi discostarsene, oppure essere molto diversa rispetto alla domanda originaria. Il creditore proponente può intraprendere la strada a lui più congeniale, anche cambiando la tipologia di proposta passando da un concordato in continuità a uno liquidatorio.

È consentito quindi al creditore presentare una proposta disomogenea. Questa tuttavia rappresenta solo una possibilità in più di cui dispone, ma non deve accadere per forza. Anche perché nel caso di

¹⁴⁰ FABIANI, L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgia e incerte contaminazioni ideologiche, pag. 12, in Crisi d'Impresa e Fallimento, da Ilcaso.it.

¹⁴¹ BOZZA, Le proposte e le offerte concorrenti, pag. 42, in Fallimenti e Società.it.

stravolgimenti totali sarà necessaria la valutazione di un attestatore, che non tutti naturalmente vorranno effettuare o potranno permettersi. Invece, per le parti che vengono prese dal piano del creditore (già attestato), senza subire modifiche, non sarà necessaria una nuova relazione di attestazione. L'attestatore della proposta del creditore, secondo quanto previsto dall'art. 163 comma 4 l.fall., "può limitarsi alla fattibilità del piano per gli aspetti che non siano già oggetto di verifica da parte del commissario giudiziale, e può essere omessa qualora non ve ne siano".

Il favore per il creditore, in questo caso, è piuttosto evidente e sembra essere voluto proprio per rendere più conveniente il nuovo istituto nella prospettiva dei creditori, cercando così di incentivare maggiormente la presentazione di proposte concorrenti. Si vuole in pratica fare in modo che i creditori abbiano un ruolo, il più possibile attivo all'interno della procedura. Si serviranno così del lavoro realizzato da un altro soggetto: l'attestatore del piano del debitore. Il beneficio è notevole e si concretizzerà nel risparmio dovuto al fatto di non dover pagare un nuovo professionista per quelle parti che rimangono invariate. Inoltre sarà possibile avvalersi anche del commissario giudiziale¹⁴², per la richiesta di informazioni utili senza le quali sarebbe davvero difficile procedere con il deposito di proposte da parte di creditori realmente interessati. Questa categoria è composta da soggetti tutti esterni all'impresa, che non dispongono di molte informazioni indispensabili per la presentazione di un piano alternativo. Anche in questo caso, il costo del commissario non dovrà essere sostenuto dal singolo creditore, in quanto è a carico della massa.

È possibile individuare tre categorie principali di proposte concorrenti nel concordato preventivo a seconda di ciò che il piano prevede:

- originali. Si ritiene possano rientrare in questa categoria quelle proposte che non seguono minimamente la domanda iniziale del debitore, ma che cambino e innovino profondamente il piano originario. Proprio per queste ragioni, ci sarà bisogno certamente di una nuova attestazione sulla fattibilità del piano del creditore. Anche in questo caso, però, sembra non esserci bisogno di una nuova stima sui dati aziendali già precedentemente attestati nel piano originario e sui quali poi si è ulteriormente espresso il commissario giudiziale nella sua relazione, secondo quanto previsto dall'art. 172 l.fall. Il punto di partenza sarà in sostanza, lo stesso. Le tempistiche piuttosto stringenti nello sviluppo della procedura non sembrano però agevolare questo tipo di soluzione, che richiede comunque tutta una serie di valutazioni tecnico-economiche delicate e non semplici da compiere.

¹⁴² ROSSI, *Il contenuto delle proposte concorrenti nel concordato preventivo (prime riflessioni)*, pag. 4, in *Crisi d'Impresa e fallimento*, da Ilcaso.it.

- derivate, quando prendono spunto dal piano del debitore per poi discostarsene, assumendo una propria autonomia rispetto alla domanda originaria. Come in precedenza, i dati aziendali iniziali attestati dal commissario costituiranno la base del piano derivato. Si manterrà inoltre l'impostazione della proposta concorrente (liquidatoria o in continuità) e l'attestazione sarà necessaria solo per gli elementi di novità.
- parassitarie, se utilizzano semplicemente quanto previsto dal piano del debitore e verificato dal commissario nella sua relazione. Non saranno presenti elementi di novità tali da indurre la necessità di una nuova attestazione.

Nella prassi probabilmente si verificheranno maggiormente le proposte derivate, con un piano che tragga spunto da quello del debitore e dalle verifiche effettuate dal commissario giudiziale nella propria relazione¹⁴³. Per tutte queste proposte poi, in quanto comunque depositate a seguito della domanda del debitore, non sembra che sia necessario presentare alcuni dei documenti previsti dalla normativa¹⁴⁴. Il riferimento va all'art. 161 comma 2 lettera a),b),c),d), visto che questi documenti sono già stati prodotti dal debitore con la sua domanda e che tali informazioni potrebbe anche non essere conosciute dai creditori.

La proposta però può anche differenziarsi e individuare sia un diverso passivo che attivo, ad esempio nel caso in cui il creditore proponente si impegni a mettere a disposizione nuove risorse a favore della massa.

2.6 L'aumento di capitale nelle proposte di concordato preventivo

Le modifiche del 2015 alla Legge Fallimentare hanno portato anche un altro elemento di forte novità, ma che tuttavia solleva non pochi problemi di compatibilità con le norme generali di diritto societario¹⁴⁵. Nel caso si tratti di s.p.a. o s.r.l., secondo quanto previsto dal nuovo comma 5 dell'art.

¹⁴³ ROSSI, *Il contenuto delle proposte concorrenti nel concordato preventivo (prime riflessioni)*, pag. 6, in *Crisi d'Impresa e fallimento*, da Ilcaso.it.

¹⁴⁴ BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pagg. 42-43, in *Fallimenti e Società.it*.

¹⁴⁵ BENAZZO, *Crisi d'impresa, soluzioni concordate e capitale sociale*, , fasc. 02-03, da pag. 241, in *Rivista delle Società*.

163, i soci possono essere espropriati delle loro partecipazioni attraverso la presentazione di una proposta che preveda un aumento di capitale con esclusione o limitazione del diritto d'opzione per questi soggetti. Sul versante economico infatti i creditori sociali dell'impresa possono incidere indirettamente sulla gestione societaria, dal momento che il patrimonio sociale, specialmente nel caso in cui l'impresa sia in crisi o insolvente, è destinato alla loro soddisfazione. Secondo il Consiglio del notariato di Firenze, in queste situazioni la perdita dell'investimento per gli azionisti *“è in ogni caso totale e sostanzialmente certa, non essendovi alcuna aspettativa di avanzo di liquidazione”*¹⁴⁶.

La proposta può prevedere anche l'intervento di terzi e ciò potrebbe portare con sé anche alcune problematiche, in particolare potrebbe porsi potenzialmente in contrasto con l'art. 2910 c.c., che assegna esclusivamente ai creditori la legittimazione a promuovere l'espropriazione forzata sui beni del debitore¹⁴⁷. Anche a seguito degli interventi avvenuti nell'ultimo decennio, era già possibile soddisfare i creditori in qualsiasi forma, anche attraverso l'attribuzione di azioni, ma si trattava pur sempre di operazioni dipendenti dalla volontà del debitore.

Tuttavia anche altri Paesi europei, negli ultimi anni, hanno adottato delle normative che consentono a soggetti diversi dal debitore di intervenire nella gestione della sua crisi e di agire sul suo patrimonio, indipendentemente dalla volontà di quest'ultimo¹⁴⁸:

- in Germania già dal 2012 è possibile che il piano di ristrutturazione, o Insolvenzplan, presentato dai creditori, possa prevedere qualsiasi misura consentita dal diritto commerciale, compreso l'aumento di capitale, senza necessità di apposita delibera da parte dell'assemblea degli azionisti;
- in Francia dal 2014 è stata introdotta la possibilità di superare l'eventuale veto dei soci dissenzienti attribuendo al mandataire de justice il potere di convocare l'assemblea e votare l'aumento di capitale mediante la sua sottoscrizione da parte dei creditori o dei terzi. La Loi Macron (2015) consente poi l'esproprio delle partecipazioni sociali nelle società con almeno 50 dipendenti, per evitare la cessazione dell'attività;
- in Spagna i soci che irragionevolmente rifiutino di deliberare l'aumento di capitale previsto dal piano assumono una responsabilità risarcitoria nei confronti dei creditori.

¹⁴⁶ Consiglio notarile di Firenze, Massima n. 58, *Aumento di capitale nel concordato preventivo a seguito del d.l. n. 83/2015*.

¹⁴⁷ VELLA, *La contendibilità dell'azienda in crisi, dal concordato preventivo alla proposta alternativa del terzo*, pagg. 20-21, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*.

¹⁴⁸ VELLA, *La contendibilità dell'azienda in crisi, dal concordato preventivo alla proposta alternativa del terzo*, pag. 14, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*.

Con le nuove norme previste dall'art. 163 l.fall., i creditori potrebbero intervenire sulle partecipazioni sociali dell'impresa in crisi riuscendo ad ottenere, in seguito all'aumento di capitale, il controllo della stessa. Ma potrebbe anche accadere che uno o più creditori si sostituiscano completamente ai vecchi soci, dopo che le loro partecipazioni siano state azzerate. Bisogna avere però delle cautele. È consentita la completa estromissione dei vecchi soci quando l'impresa presenti un patrimonio netto contabile negativo; solo in questa circostanza non hanno il diritto al mantenimento della loro partecipazione. La possibilità per i creditori di entrare nella compagine sociale era già riconosciuta nell'ordinamento italiano attraverso una deliberazione di azzeramento e ricostituzione del capitale adottata a maggioranza. I problemi però rimangono, soprattutto considerando che questo aumento, previsto dall'art. 163 l.fall, ora può avvenire contro la volontà dei vecchi soci, portando dunque a possibili situazioni di conflitto. La previsione normativa è stata prevista poi solo per il concordato preventivo e non anche per quello fallimentare.

Naturalmente il patrimonio della società in procedura è messo a disposizione dei creditori, che possono decidere sulle sorti dell'impresa per cercare di raggiungere la migliore soddisfazione possibile. Ma con questa modifica, si agisce per la prima volta sul versante del patrimonio sociale abbattendo *“la tradizionale barriera della non modificabilità della struttura organizzativa della società senza o contro la volontà della compagine sociale”*¹⁴⁹. Le partecipazioni dei vecchi soci diventano in questo modo modificabili, diluibili o espropriabili. Naturalmente, poi, la proposta che prevede la ricapitalizzare della società deve essere seguita dall'impegno del proponente a sottoscrivere l'aumento e a versare quanto stabilito.

Si possono innescare problemi di coordinamento con le norme del codice civile previste per le s.p.a. o s.r.l., in materia di aumento di capitale e di limitazione del diritto d'opzione. Nella s.r.l., l'art. 2481 bis c.c. prevede la possibilità di offrire le quote, in caso di aumento di capitale, a terzi soltanto in presenza di un'apposita clausola statutaria e garantendo comunque il diritto di recesso per i soci che non hanno concorso all'approvazione della delibera. Inoltre questa norma vieta espressamente l'esclusione del diritto d'opzione in relazione agli aumenti di capitale necessari per la ricostituzione del patrimonio in seguito all'azzeramento per perdite. Per di più questo aumento di capitale avverrebbe *“apparentemente, al di fuori e in assenza dei presupposti e delle condizioni, di ordine vuoi procedimentale (relazione e motivazione), vuoi sostanziale (sopraprezzo), di cui all'art. 2441 c.c.”*¹⁵⁰.

¹⁴⁹ GUERRERA, *La ricapitalizzazione “forzosa” delle società in crisi*, n. 2, da pag. 420, in *Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, CEDAM.

¹⁵⁰ BENAZZO, *Crisi d'impresa, soluzioni concordate e capitale sociale*, fasc.02-03, da pag. 241, in *Rivista delle Società*

Sotto il profilo sistematico nella disciplina dell'aumento di capitale reale, è presente, dopo le modifiche del 2015, una nuova causa di esclusione o limitazione del diritto di opzione¹⁵¹. Si tratterebbe in sostanza di una deroga della legge fallimentare rispetto alle norme previste dal codice civile in materia societaria che appare condivisibile se l'obbiettivo è quello *“di liberare il cammino — per le imprese in difficoltà — da inutili orpelli altrimenti destinati a ergersi quali ostacoli alla ripartenza, immediata e decisa”*¹⁵². Sempre secondo l'interpretazione del Consiglio del Notariato di Firenze la nuova norma della legge fallimentare *“benché apparentemente di portata generale, sembra da intendersi come direttamente riferita alla proposta concorrente presentata da uno o più creditori”*.

Per fare in modo che la ricapitalizzazione “forzosa” della società in concordato possa essere utilizzata ed avere successo, bisogna cercare di ridurre il più possibile l'insorgere di un conflitto tra i vecchi e i nuovi soci. Proprio per questa ragione si dovrebbe evitare, se possibile, l'esclusione totale del diritto d'opzione. Tuttavia, *“l'esclusione del diritto serve soprattutto per evitare che mediante la sottoscrizione di percentuali minime di capitale, venga disincentivata la creazione di un nuovo assetto proprietario basato sull'assunzione di una partecipazione totalitaria da parte del creditore proponente”*¹⁵³. Particolare attenzione è necessario porre alla valutazione del patrimonio aziendale¹⁵⁴, che potrebbe contenere anche attivi non contabilizzati o plusvalori latenti, per limitare il rischio di un esproprio non giustificato.

La possibilità dell'aumento di capitale all'interno della proposta è un elemento molto importante che comporta una notevole limitazione dei diritti tipici connaturati alla proprietà societaria¹⁵⁵. Tutto questo si giustifica con l'obbiettivo di promuovere e favorire soluzioni negoziate, tempestive e in continuità della crisi d'impresa, anche sottraendole al debitore, che non ha dato buona prova di sé nella gestione dell'impresa.

Ci sono comunque degli strumenti a difesa del debitore (anche se limitati), previsti dall'art. 175, comma 3 l.fall. Il debitore infatti nell'adunanza dei creditori può esporre le ragioni per le quali ritiene inammissibili o non fattibili le proposte. Naturalmente, questo giudizio può anche riguardare

¹⁵¹ GUIDOTTI, 2015, *Misure urgenti in materia fallimentare (d.l. 27 giugno 2015, n. 83): le modifiche alla disciplina del fallimento e le disposizioni dettate in tema di proposte concorrenti*, pag. 14, in Ilcaso.it.

¹⁵² BENAZZO, *Crisi d'impresa, soluzioni concordate e capitale sociale*, , fasc.02-03, da pag. 241, in Rivista delle Società'.

¹⁵³ GUERRERA, *La ricapitalizzazione “forzosa” delle società in crisi*, n. 2, da pag. 420, in Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali, CEDAM.

¹⁵⁴ GUERRERA, *La ricapitalizzazione “forzosa” delle società in crisi*, n. 2, da pag. 420, in Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali, CEDAM.

¹⁵⁵ Per BENAZZO, *Crisi d'impresa, soluzioni concordate e capitale sociale*, , fasc.02-03, da pag. 241, in Rivista delle Società', l'aumento di capitale all'interno di una proposta di concordato può portare a *“una rivoluzionaria traslazione espropriativa di interessi e di diritti a favore di soggetti terzi: i creditori sociali e dunque, in ultima analisi, il mercato stesso”*.

l'aumento di capitale con limitazione o esclusione del diritto d'opzione per i vecchi soci¹⁵⁶. Rappresenta infatti, uno dei temi più delicati e che necessitano di un controllo molto preciso per verificare che quanto previsto nel piano sia conforme all'art. 163 l.fall. Per le tempistiche dell'aumento, sembra che possa avvenire solo dopo l'omologazione del concordato¹⁵⁷. Pur contenuto all'interno del piano, riguarda comunque la fase esecutiva.

2.7 Tempi e modalità di svolgimento

Per i creditori è possibile intervenire nella procedura con proposte di concordato a partire dal momento in cui si apre il concordato "pieno". Non si può anticipare la presentazione di domande alla fase di preconcordato. Ai sensi dell'art. 161 comma 6 l.fall. è infatti possibile per l'imprenditore "depositare il ricorso contenente la domanda di concordato unitamente ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e all'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti, riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione.....entro un termine fissato dal giudice compreso fra sessanta e centoventi giorni e prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni".

Durante questo periodo previsto dall'art. 161 comma 6 l.fall, un piano non è ancora presente, quindi non si possono depositare delle proposte alternative a quella del debitore, non conoscendo ancora le sue intenzioni e non sapendo dunque se questi sarà in grado di garantire un pagamento ai chirografari nelle misure minime previste dall'art. 163 l.fall¹⁵⁸. A maggior ragione visto che il debitore nella fase di preconcordato può depositare domanda ai sensi dell'articolo 182-bis, cioè un accordo di ristrutturazione dei debiti. In questo caso si accedrebbe a una diversa procedura. Vi è dunque un arco di tempo riservato esclusivamente al debitore nel corso del quale l'impresa non può essere contendibile. La data da cui è possibile presentare proposte concorrenti non è fissa ma

¹⁵⁶ In questo senso PEZZANO e RATTI, *Il complesso processo (formativo e attuativo) delle proposte concorrenti*, pagg. 16-17, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, da Ilcaso.it.

¹⁵⁷ Consiglio notarile di Firenze, Massima n. 58, *Aumento di capitale nel concordato preventivo a seguito del d.l. n. 83/2015*.

¹⁵⁸ BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pag. 50, in *Fallimenti e Società.it*. In senso contrario si è espresso VAROTTI, *Appunti veloci sulla riforma del 2015 della Legge Fallimentare*, pag. 14, in *Crisi d'impresa e fallimento*, da Ilcaso.it, il quale ritiene che "il momento iniziale per la formulazione della proposta concorrente è quello del deposito del ricorso per concordato preventivo, anche ai sensi dell'art. 161, sesto comma".

cambia a seconda che il debitore depositi una domanda “completa” ovvero faccia richiesta di concordato “in bianco” riservandosi di presentare la proposta e il piano successivamente¹⁵⁹.

A seguito dell'introduzione dell'obbligo di comunicare al Pubblico ministero copia degli atti e documenti depositati a norma del secondo e del terzo comma dell'art. 161 l.fall., nonché copia della relazione del commissario giudiziale prevista dall'articolo 172, sembra si debbano comunicare allo stesso anche le proposte concorrenti¹⁶⁰. Non è presente però l'obbligo di informare i debitori e non sembra nemmeno necessario dare comunicazione al Registro delle Imprese del deposito di proposte concorrenti. Questa pubblicità è però necessaria per la domanda da parte del debitore, in questo modo si porta a conoscenza di tutti l'avvio della procedura concorsuale.

Forse però, sarebbe stato utile avere comunque una pubblicità anche per la proposta presentata dal creditore¹⁶¹. In questo modo tutti gli altri creditori riuscirebbero a farsi per tempo un'idea più chiara su quale possa essere il piano migliore e su quale dunque indirizzare il proprio consenso quando ci sarà la votazione. I creditori potranno avere queste informazioni solo indirettamente attraverso la comparazione che il commissario giudiziale deve fare nella relazione integrativa, secondo quanto disposto dall'art. 172 comma 2 l.fall.

Le proposte si dovranno differenziare almeno in parte dalla domanda originaria del debitore. Naturalmente c'è anche un termine finale da rispettare, oltre il quale non è più possibile proporre delle proposte concorrenti. Sempre nel comma 4 dell'art. 163, si precisa, poi, che le proposte devono essere presentate non oltre 30 giorni prima della data in cui si dovrà svolgere l'adunanza dei creditori. Secondo alcuni però, questo termine sarebbe origine di lungaggini procedurali che finirebbero per ripercuotersi sulla tempistica del concordato¹⁶². La parola usata dal legislatore nel testo della disposizione “presentare” sembra essere imprecisa o in ogni caso poco tecnica. Migliore sarebbe stato se si fosse usato il termine depositare.

È possibile poi procedere alla modifica delle proposte, ma bisogna chiarire entro quale termine i proponenti possano intervenire. Inizialmente, nel decreto legge, si faceva riferimento all'inizio delle operazioni di voto, ora invece si dice che le proposte possono essere modificate fino a quindici giorni prima dell'adunanza dei creditori, termine comunque indispensabile ma molto stretto per

¹⁵⁹ RIMATO, “*Proposte concorrenti e mercato delle proposte nel nuovo concordato preventivo*”, pag. 8, in Fallimenti e Società.it.

¹⁶⁰ BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pag. 44, in Fallimenti e Società. In senso contrario si è espresso però D'ATTORRE, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, in Fallimento 2015, pag. 1172.

¹⁶¹ Per SABATELLI, *Appunti sul concordato preventivo dopo la legge di conversione del D.L. n. 83/2015*, pag. 26, in Crisi d'Impresa e Fallimento, da Ilcaso.it, appare davvero inspiegabile la scelta di non prevedere alcuna forma di pubblicità delle proposte concorrenti, né di pubblicazione nel registro delle imprese.

¹⁶² RIMATO, “*Proposte concorrenti e mercato delle proposte nel nuovo concordato preventivo*”, pag. 9, in Fallimenti e Società.it.

permettere al commissario giudiziale di depositare in cancelleria e comunicare ai creditori la relazione comparativa.

Prima dell'adunanza, il commissario deve avere a disposizione un congruo lasso di tempo in cui possa predisporre la relazione integrativa. Oltre che per evidenziare eventuali errori o manchevolezze nei piani, questo documento è fondamentale perché permette *“una particolareggiata comparazione tra tutte le proposte concordatarie”*¹⁶³. In caso contrario la valutazione dei creditori sarebbe alquanto difficile, date le differenze anche marcate che le proposte possono avere tra loro. Il termine che il professionista deve rispettare per il deposito della relazione è quello di dieci giorni prima dell'adunanza, che pare essere più che sufficiente per consentire ai creditori di svolgere le loro valutazioni in merito alla convenienza della domanda del debitore e delle proposte concorrenti dei creditori¹⁶⁴, ma difficile da rispettare per il commissario che, in caso di modifiche alle proposte, avrebbe a disposizione solo 5 giorni per l'attività istruttoria richiesta¹⁶⁵.

L'inserimento del nuovo istituto all'interno del sistema concordatario non ha mancato di causare problemi. La procedura rischia di essere eccessivamente farraginoso e forse sarebbe stato preferibile un termine “secco” dall'apertura del procedimento per il deposito di proposte concorrenti¹⁶⁶, più simile a quanto avviene sul modello americano del Chapter 11. La procedura di concordato dovrebbe svolgersi, almeno nelle intenzioni del legislatore, velocemente. Diventa, nella pratica, molto difficile o quasi impossibile rispettare i termini che erano previsti per il concordato, prima dei cambiamenti del 2015.

L'introduzione delle proposte concorrenti ha dunque portato ad un necessario aumento dei tempi. D'altra parte questo era il compromesso che è stato necessario accettare per avere una maggiore concorrenza nella procedura. Dopo aver dichiarato aperta la procedura con decreto, il tribunale deve stabilire la data per l'adunanza dei creditori non oltre il termine di 120 dal provvedimento di ammissione. Ciò ha comportato l'allungamento di questo periodo, il vecchio termine per la convocazione era infatti di 30 giorni.

Inizialmente nel Decreto Legge, non erano però state toccate le altre scadenze del concordato. È stato però necessario intervenire per modificare questi termini coordinandoli così con l'introduzione

¹⁶³ ROSSI, *Il contenuto delle proposte concorrenti nel concordato preventivo (prime riflessioni)*, pag. 3, in *Crisi d'Impresa e fallimento*, da Ilcaso.it.

¹⁶⁴ BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pag. 54, in *Fallimenti e Società*.

¹⁶⁵ 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*, pag. 8, in Ilcaso.it, secondo il quale *“il fatto che la relazione possa essere effettivamente ed esaustivamente “particolareggiata” appare però una pretesa normativa poco compatibile con i tempi che il legislatore assegna allo scopo al commissario”* perché questo lasso di tempo è *“del tutto insufficiente, ancorché si tratti di rilevare solo le modifiche a proposte già conosciute”*.

¹⁶⁶ FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgia e incerte contaminazioni ideologiche*, pag. 12, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, da Ilcaso.it.

del nuovo istituto. Il termine per l'omologa del concordato da parte del tribunale previsto dall'art. 181 l.fall., era ancora di 180 giorni dalla data di presentazione del ricorso, diventando molto difficile o addirittura impossibile da rispettare nella pratica. Nella Legge di conversione questo periodo è stato aumentato in quanto ora "l'omologazione deve intervenire nel termine di 9 mesi dalla presentazione del ricorso ai sensi dell'art. 161 e tale periodo si può prorogare una sola volta per 60 giorni su decisione del tribunale. Anche con l'allungamento delle nuove scadenze potrebbero comunque esserci dei problemi, come nel caso in cui non si riesca ad approvare la proposta già alla prima adunanza dei creditori¹⁶⁷.

2.8 Il voto e il conflitto d'interessi del creditore proponente

I cambiamenti, resesi necessari a seguito dell'introduzione dell'istituto delle proposte concorrenti, hanno riguardato anche la fase dell'adunanza, della votazione e dei meccanismi che la regolano. Nel solco delle regole previste dall'art. 177 *"il legislatore della riforma ha rielaborato le norme che disciplinano la votazione nel caso (prima non previsto) di proposte concorrenti"*¹⁶⁸.

Il meccanismo del voto è molto diverso da quello stabilito per il concordato fallimentare dagli artt. 124 ss. l.fall. In questa situazione infatti, salvo intervento del giudice delegato, ai creditori viene messa al voto una sola proposta, quella scelta dal comitato dei creditori. L'intervento legislativo per raccordare il nuovo sistema delle proposte concorrenti con la procedura concordataria ha avuto il pregio di definire in maniera migliore e più dettagliata questa fase¹⁶⁹. Tuttavia non sono mancate le critiche che hanno definito il procedimento di messa in votazione delle proposte concorrenti come eccessivamente complesso¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Per RIMATO, *"Proposte concorrenti e mercato delle proposte nel nuovo concordato preventivo"*, l'allungamento dei tempi sarà inevitabile *"con buona pace del maggior limite di nove mesi stabilito dal legislatore"*, pag. 18, in *Fallimenti e Società.it*.

¹⁶⁸ VAROTTI, *Appunti veloci sulla riforma del 2015 della Legge Fallimentare*, pag. 8, in *Crisi d'impresa e fallimento*, da *Il caso.it*.

¹⁶⁹ BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pag. 56, in *Fallimenti e Società.it*.

¹⁷⁰ RIMATO, *"Proposte concorrenti e mercato delle proposte nel nuovo concordato preventivo"*, pag. 18, in *Fallimenti e Società.it*.

Il commissario nell'adunanza illustra la sua relazione, la domanda definitiva del debitore e le proposte eventualmente presentate. È durante l'adunanza che si realizza un contraddittorio incrociato tra tutti i soggetti interessati¹⁷¹. Il creditore in questi momenti, secondo quanto previsto dall'art. 175 l.fall. può "esporre le ragioni per le quali non ritiene ammissibili e convenienti le proposte di concordato e sollevare contestazione sui crediti concorrenti". Tale potere spetta anche al debitore. Il giudice delegato può intervenire, ammettendo provvisoriamente in tutto o in parte i crediti contestati ai soli fini del voto e del calcolo delle maggioranze. Per le altre contestazioni, può esprimersi il tribunale e non il giudice delegato, nel giudizio di omologazione oppure in un procedimento di revoca ai sensi dell'art. 173 l.fall.

La disposizione poi regola l'ordine con cui vanno poste in votazione le proposte e la domanda del debitore. Si tratta di un criterio cronologico a partire quindi dalla prima che è stata depositata, che naturalmente è sempre quella del debitore. Per giungere all'approvazione, secondo quanto stabilito dall'art. 177 l.fall., la proposta deve avere nella votazione il consenso della "maggioranza più elevata dei crediti ammessi al voto". L'articolo regola anche le situazioni nelle quali si possa verificare una parità tra più proposte preferendo in tal caso quella del debitore o se questa non sia presente, quella presentata per prima.

In ogni caso però, la proposta che ha ottenuto più voti deve rispettare le regole generali previste per l'approvazione di tutti i concordati, secondo quanto disposto dall'art. 177 comma 1 l.fall. La proposta (ma lo stesso vale anche per la domanda del debitore) deve essere approvata da tanti creditori che rappresentino almeno la maggioranza dei crediti ammessi al voto. Il meccanismo di voto previsto per le proposte concorrenti, infatti, non abbassa "*il quoziente di approvazione, nel senso che la maggioranza vi sarà sempre e soltanto se si raggiungerà almeno la metà dei crediti ammessi al voto*"¹⁷². Inoltre nel caso in cui i creditori siano stati divisi in classi, la proposta deve essere approvata anche dalla maggioranza delle classi.

La scelta se votare a favore o in senso contrario potrà avvenire liberamente per ogni singola proposta sottoposta al voto. Il creditore potrà ad esempio accettare tutte le proposte, solo una votando contro tutte le altre, oppure rigettando ogni proposta. Il voto plurimo a favore di tutte le proposte non perde in alcun modo di significato, anche perché gli altri creditori potranno votare in

¹⁷¹ BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pag. 55, in Fallimenti e Società.it.

¹⁷² FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgia e incerte contaminazioni ideologiche*, pag. 13, in Crisi d'Impresa e Fallimento, da Ilcaso.it.

modo diverso. Il creditore che si esprime favorevolmente a ogni proposta, infatti, è quello che ritiene la soluzione concordataria sempre preferibile rispetto al fallimento¹⁷³.

Pertanto nella prima votazione si potranno verificare tre situazioni:

- nel caso in cui due o più proposte rispettino tutti i requisiti richiesti (maggioranza dei crediti ammessi e delle classi) si considera senz'altro approvata quella che ha raggiunto la percentuale più elevata di consensi e non è necessario svolgere un'ulteriore votazione¹⁷⁴;
- una sola proposta tra tutte quelle presentate, ha ottenuto il voto favorevole della maggioranza dei crediti ammessi. Tutte le altre dunque hanno avuto un consenso inferiore al 50%. Anche in tale situazione non si fa luogo ad un'ulteriore votazione. Sia in questo caso, che nel precedente, il giudice delegato dovrà immediatamente riferire al tribunale perché questi emetta il decreto di fissazione del giudizio di omologazione;
- nessuna delle preposte ha ottenuto un consenso sufficiente all'approvazione. In questo caso viene rimessa al voto, con decreto del giudice delegato, la sola proposta che ha conseguito la maggioranza relativa dei consensi.

La votazione su una pluralità di proposte potrebbe causare, infatti, una maggiore dispersione del voto, con conseguente maggiore difficoltà nell'approvazione del concordato già nella prima adunanza. Il legislatore, ben consapevole di questa possibilità, ha regolato la situazione sempre nel primo comma dell'art. 177 l.fall.

Per poter rimette al voto la proposta che ha ottenuto la maggioranza relativa però, il giudice delegato deve necessariamente aspettare che sia trascorso il termine previsto dall'ultimo comma dell'art. 178 l.fall. I creditori infatti, possono continuare a esprimere il loro voto anche successivamente alla data dell'adunanza dei creditori nei 20 giorni successivi, mediante lettera, telegramma, telefax o posta elettronica. Nel caso in cui si raggiungano le maggioranze previste in questo lasso di tempo si può passare direttamente all'omologa.

Rimettendo al voto la proposta che ha ottenuto la maggioranza relativa nella prima votazione, si vuole verificare se questa, una volta eliminate tutte le altre, possa comunque raggiungere il quorum previsto per l'approvazione, ad esempio attraverso il voto favorevole di chi prima aveva votato contro. Il giudice delegato fissa, anche in questo caso, il termine per la comunicazione ai creditori e il termine a partire dal quale si contano i 20 giorni in cui è possibile far pervenire il voto. Queste

¹⁷³ FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgia e incerte contaminazioni ideologiche*, pag. 13, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, da Ilcaso.it.

¹⁷⁴ VAROTTI, *Appunti veloci sulla riforma del 2015 della Legge Fallimentare*, pag. 9, in *Crisi d'impresa e fallimento*, da Ilcaso.it.

precisazioni sono importanti perché riescono a definire in maniera univoca, senza ulteriori discussioni o possibilità di fraintendimenti, le scadenze che devono essere rispettate. Se neanche in questa circostanza, la proposta non riesce ad ottenere il consenso della maggioranza assoluta dei crediti ammessi, il concordato preventivo dovrebbe considerarsi non approvato¹⁷⁵.

Non è stata fatta invece nessuna precisazione su chi debba comunicare ai creditori l'esito delle votazioni. Può essere, però, lo stesso giudice nel decreto a disporre chi sia obbligato a tale compito, ad esempio il creditore proponente o il debitore. Tuttavia se non fosse indicato nemmeno qui, le comunicazioni andranno fatte dal commissario giudiziale, in quanto è questa figura che dà esecuzione ai provvedimenti del giudice¹⁷⁶.

Il nuovo meccanismo di voto si introduce in uno schema che aveva già subito negli ultimi anni numerose modifiche. Una delle più rilevanti si era avuta con il Decreto Legge 22 giugno 2012 convertito con la Legge 7 agosto 2012, n. 134. Si tratta di una norma che, nel periodo in cui è stata utilizzata, ha reso molto più agevole l'approvazione dei concordati preventivi: il silenzio assenso dei creditori. Coloro i quali non avessero esercitato il loro voto in assemblea o non avessero fatto pervenire il proprio espresso dissenso nei 20 giorni successivi alla chiusura del verbale, venivano computati tra i favorevoli.

Inizialmente il D.L. 83/2015 aveva lasciato inalterata questa previsione. Il mancato intervento sulla norma che regolava il silenzio assenso poteva, però, essere in contrasto con il nuovo istituto delle proposte concorrenti. Già subito dopo la pubblicazione del Decreto, erano state sollevate critiche¹⁷⁷, evidenziando problemi di coordinamento o addirittura una incompatibilità tra le due discipline. Se si fosse lasciata la regola del silenzio assenso, chi non avesse dato il proprio voto sarebbe stato considerato favorevole ad ogni proposta e rendendo più agevole per una o più proposte raggiungere la maggioranza.

Ora però, a differenza del passato, con l'introduzione delle proposte concorrenti, il silenzio non potrebbe più essere interpretato in modo univoco, ma potrebbe indicare differenti posizioni. Questa regola è incompatibile con le nuove modalità di votazione, che prevedono espressamente il voto su ogni proposta. Poteva avere un senso solo nel caso in cui si dovesse esprimere il giudizio su un'unica votazione come avveniva prima del D.L. 83/2015. In precedenza infatti un creditore favorevole all'approvazione poteva anche non esprimere il proprio giudizio. Dopo il D.L., se si

¹⁷⁵ VAROTTI, *Appunti veloci sulla riforma del 2015 della Legge Fallimentare*, pag. 10, in *Crisi d'impresa e fallimento*, da Ilcaso.it.

¹⁷⁶ BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pag. 59, in *Fallimenti e Società*.it.

¹⁷⁷ BOZZA, *Brevi considerazioni su alcune norme dell'ultima riforma*, pag. 17, in *Fallimenti e Società*, nei primi commenti (prima che fosse approvata la Legge di conversione che ha cambiato la situazione) ne parlava come di uno dei punti più deboli del Decreto Legge.

comportasse in questo modo, darebbe il suo voto favorevole a tutte le proposte, anche a quelle con le quali potrebbe non trovarsi d'accordo. I creditori ora *“sono costretti a prendere espressa posizione per far passa la proposta che ritengono più conveniente manifestando il dissenso per le altre”*¹⁷⁸. La Legge di conversione è intervenuta per conciliare i due meccanismi, forse nell'unico modo possibile: l'eliminazione del silenzio-assenso. L'art. 178 comma 4 non fa più riferimento a questa presunzione. In questo modo il silenzio ora è da intendersi come rifiuto.

Un grande problema nel calcolo delle maggioranze è rappresentato dalla situazione del creditore proponente con riguardo all'approvazione del concordato. Questi si trova in una palese situazione di conflitto d'interessi che necessita di essere regolata. Il legislatore ha deciso di intervenire in un senso comunque molto favorevole al creditore proponente, cercando in questo modo di incoraggiare il più possibile la presentazione di proposte concorrenti, in coerenza con la ratio del nuovo istituto. È stato quindi deciso di considerare valido il voto del creditore proponente, solo nel caso in cui venga collocato in un'apposita autonoma classe. Questo soggetto, dunque, è legittimato a esprimere il proprio voto, purché sia rispettata questa condizione prescritta dal legislatore. Il creditore assume il doppio ruolo di proponente e di votante e può risultare determinante per l'approvazione della propria proposta. La divisione in classi nel caso di proposte, sarà altamente probabile e per agevolare l'approvazione del concordato se ne dovrebbero formare almeno 3 (cercando la maggioranza in due).

In tal modo, viene reso lecito il voto in una chiara situazione di conflitto d'interessi. Questo potrebbe apparire non coerente con la nuova regolamentazione che riguarda il voto della società che controlla la società debitrice, le società da questa controllate e quelle sottoposte a comune controllo. Qui la scelta legislativa è stata diversa e più rigorosa. A causa del conflitto d'interessi, si impedisce a questi soggetti di esprimere il loro voto.

Nel caso di autonoma collocazione in un'apposita classe, invece, il voto del creditore proponente può essere considerato computabile¹⁷⁹. Ha avuto la meglio quell'interpretazione della dottrina che si era originata per il voto nel concordato fallimentare, secondo la quale la collocazione in un'autonoma classe del creditore proponente, non annacquando le maggioranze, esclude il verificarsi di ipotesi di conflittualità¹⁸⁰. In tal senso si era pronunciata la Corte di Cassazione che nel concordato fallimentare aveva affermato come il creditore proponente andasse ammesso alla votazione perché *“non è configurabile il conflitto di interessi tra i creditori ut singoli e quelli*

¹⁷⁸ BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pag. 60, in Fallimenti e Società.it.

¹⁷⁹ BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pagg. 63-4, in Fallimenti e Società.it, secondo il quale la soluzione trova dal legislatore è una sorta di compromesso.

¹⁸⁰ STANGHELLINI, Art. 124 l.f. in Comm. Jorio-Fabiani, II, p. 1954.

*appartenenti alla massa in quanto, per un verso il fallimento non è un soggetto giuridico autonomo di cui i creditori siano partecipi e, per l'altro, il complesso dei creditori è una comunione involontaria*¹⁸¹. Nel concordato preventivo, permettendo al creditore proponente di votare, si è cercato di favorire l'approvazione dello stesso.

È rimasta inalterata, poi, un'altra situazione di conflitto d'interessi già regolamentata in precedenza: quella del coniuge, dei parenti e degli affini, fino al quarto grado del debitore. Questi soggetti non vengono computati nel calcolo delle maggioranze per l'approvazione. Non è prevista però nessuna regolamentazione per i soggetti collegati, coniuge, parenti e affini, del creditore che ha presentato la proposta concorrente e che pertanto potranno votare senza alcuna limitazione.

Bisogna cercare di trovare un punto di equilibrio nella votazione¹⁸², nei fatti non semplice da realizzare, tra gli interessi di tre categorie di soggetti. Da una parte il creditore proponente interessato a vedere approvata la propria proposta, dall'altra parte il debitore e per ultimo la posizione della massa, interessata al raggiungimento della massima soddisfazione possibile attraverso una competizione non influenzata da conflitti d'interesse.

Secondo alcuni, sarebbe stato meglio adottare una soluzione più drastica, cioè quella di escludere anche per questo conflitto d'interessi il voto del creditore proponente. Era preferibile *“elidere il voto e non acquietarsi per la scelta della necessaria formazione di una classe ad hoc Ancora una volta, nel sistema è stato ripudiato un principio sacrosanto, quello del divieto di agire in conflitto di interessi, che nel nostro ordinamento stenta a decollare ovunque”*¹⁸³.

D'altra parte se si fosse seguita questa strada, il legislatore non avrebbe favorito l'acquisto di crediti da parte dei soggetti interessati (per raggiungere la percentuale del 10%) alla presentazione di proposte, andando contro l'obiettivo di creare, anche in Italia, un mercato dei distressed debts. La scelta di ammettere il creditore proponente in un'autonoma classe *“sottende una scelta a rima obbligata di riconoscimento dell'istituto nel percorso concordatario”*¹⁸⁴.

Infatti non è semplice lasciare fuori dal voto, per l'approvazione del concordato, gli investitori che abbiano acquistato percentuali elevate di crediti, proprio perché maggiore è il numero di crediti acquistati, più alta è la probabilità di vedere approvata la proposta. I soggetti che vogliono essere piuttosto sicuri di raggiungere il risultato sperato, quindi, non potranno limitarsi all'acquisto di

¹⁸¹ Cass. 10 febbraio 2011, n. 3274, in Fallimento 2011, 403.

¹⁸² BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pag. 63, in Fallimenti e Società.it.

¹⁸³ FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgia e incerte contaminazioni ideologiche*, pag. 12, in Crisi d'Impresa e Fallimento, da Ilcaso.it. In questo senso anche BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pag. 64, in Fallimenti e Società.it, per il quale *“per eliminare ogni disparità di trattamento tra debitore e creditore proponente sarebbe stato opportuno porre il divieto di voto a carico di questi ultimi”*.

¹⁸⁴ RIMATO, *“Proposte concorrenti e mercato delle proposte nel nuovo concordato preventivo”*, pag. 19, in Fallimenti e società.it

pochi crediti. Nel caso in cui poi, ad esempio il creditore proponente sia titolare di più della metà dei crediti, se si fosse seguita la tesi più restrittiva e dunque tale ammontare non potesse essere computato ai fini della votazione, la proposta di concordato finirebbe per essere valutata e quindi approvata o rifiutata, da una minoranza dei creditori.

Questo è il compromesso che è stato raggiunto, proprio con l'intento di non penalizzare l'acquisto dei crediti da parte di coloro che sono interessati. Il meccanismo escogitato rimarrebbe comunque ancora troppo blando¹⁸⁵ e non del tutto coerente, proprio per il trattamento riservato ai diversi soggetti che si trovano in conflitto d'interessi. In alcune situazioni di conflitto d'interesse come quella del coniuge, dei parenti o anche delle società sottoposte a comune controllo, questi soggetti vengono esclusi dal voto, mentre altre volte invece (questo è proprio il caso del creditore che deposita una proposta concorrente), li ammette a determinate condizioni, creando in questo modo una disparità di trattamento.

2.9 L'omologazione del concordato e la possibilità di revoca della proposta

La fase successiva per giungere all'approvazione definitiva della proposta e del concordato è rappresentata dall'omologazione. Il giudizio di omologa, anche in presenza di una proposta concorrente, non si discosta dalle regole ordinarie già previste. L'art. 180 l.fall. non ha, infatti, subito modifiche dalla riforma del 2015. La differenza è che però, nel caso di approvazione di una proposta, sembra spettare anche al debitore la legittimazione a proporre opposizione¹⁸⁶, soprattutto nel caso in cui abbia sollevato contestazioni già durante l'adunanza dei creditori.

Fino a quando la proposta non viene omologata, il debitore ha comunque conservato, sotto la vigilanza del commissario giudiziale, la gestione dell'impresa e l'amministrazione dei suoi beni. Il debitore può procedere in coerenza con le previsioni del proprio piano, anche nel caso in cui siano depositate delle proposte concorrenti. Prima dell'adunanza e del voto dei creditori non si conosce infatti quale proposta sarà quella vincente.

¹⁸⁵ BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pag. 64, in Fallimenti e Società.it.

¹⁸⁶ BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pag. 68, in Fallimenti e Società.it.

Dopo l'omologazione il debitore non può più dare attuazione al proprio piano, ma deve tenere comportamenti coerenti con quello proposto dal creditore. Da questo momento infatti ha origine per l'imprenditore in procedura "un vero e proprio obbligo di dare esecuzione alla proposta formulata dal creditore"¹⁸⁷. Senza questo passaggio, l'accordo raggiunto dai creditori nella votazione sarebbe privo di effetti. L'omologazione della proposta ha "lo scopo di vincolare anche il debitore all'adempimento della proposta altrui"¹⁸⁸. In caso di omologazione della proposta, dunque, la situazione cambia e i poteri in precedenza riservati al debitore, passano a chi deve dare esecuzione alla proposta omologata. Il decreto diviene efficace solo una volta che siano scaduti i termini per l'impugnazione, senza che sia stato proposto reclamo. Rimane comunque il problema della tutela del creditore proponente nella fase precedente l'approvazione.

La proposta ammessa al giudizio di omologa sarà solo quella vincente che ha raggiunto le maggioranze previste per l'approvazione. Può comunque accadere che anche la proposta dei creditori non venga omologata. In tal caso, non possono essere "ripescate" e sottoposte al giudizio di omologa le altre proposte depositate e votate dai creditori nell'adunanza, anche se avessero ottenuto il voto favorevole della maggioranza dei creditori.

Molto importanti sono, poi, gli effetti che si possono avere in caso di rinuncia alla proposta originaria da parte del debitore. Le proposte concorrenti potrebbero finire, loro malgrado, per agevolare tale situazione. Il debitore, vedendosi sfuggire la situazione di mano e andando la procedura in una direzione diversa da quella inizialmente immaginata, potrebbe avere interesse a ritirare la domanda originaria. Bisogna capire quali siano le conseguenze di questo comportamento che in alcuni casi può anche essere opportunistico. La legge al riguardo non dice nulla.

In dottrina, si sono affermate due opposte interpretazioni. La prima¹⁸⁹ afferma che le proposte concorrenti non possano sopravvivere al venir meno della domanda del debitore. La seconda¹⁹⁰, sostiene come la revoca della proposta concordataria da parte del debitore non determina la "caduta" della proposta concorrente del creditore e che dunque sia possibile proseguire nella procedura concordataria. Tale revoca va intesa come una scelta di natura abdicativa e chiarisce l'intenzione del debitore di non vuole proseguire l'*iter* concordatario¹⁹¹. Ciò non va confuso con

¹⁸⁷ VAROTTI, *Appunti veloci sulla riforma del 2015 della Legge Fallimentare*, pag. 11, in *Crisi d'impresa e fallimento*, da Ilcaso.it.

¹⁸⁸ BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pag. 67, in *Fallimenti e Società.it*.

¹⁸⁹ AMBROSINI, 2015, *Il diritto della crisi d'impresa nella legge n. 132 del 2015 e nelle prospettive di riforma*, pagg. 23-5, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, da Ilcaso.it.

¹⁹⁰ VAROTTI, *Appunti veloci sulla riforma del 2015 della Legge Fallimentare*, pag. 14, in *Crisi d'impresa e fallimento*, da Ilcaso.it. BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pagg. 48-49, in *Fallimenti e Società.it*.

¹⁹¹ AMBROSINI, 2015, *Il diritto della crisi d'impresa nella legge n. 132 del 2015 e nelle prospettive di riforma*, pag. 24, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, da Ilcaso.it.

l'istituto della modifica, che è comunque indicatore della volontà di proseguire nello svolgimento della procedura, anche se con delle varianti rispetto a quanto era stato originariamente previsto.

Secondo la prima tesi, dunque, la proposta rimane fintanto che la domanda del debitore è presente, in quanto non *“pare fondato sostenere che la presentazione di proposte da parte di terzi sterilizzi le facoltà abdicative del debitore. E' infatti dubbio che egli debba restare “prigioniero” della procedura concordataria per il sol fatto dell'intervenuta attivazione ad opera di un soggetto terzo”*¹⁹². Per quanto riguarda le tempistiche della rinuncia alla domanda da parte del debitore, la giurisprudenza ha chiarito che *“la rinuncia alla domanda di concordato preventivo, la quale si traduce sostanzialmente in un abbandono della relativa proposta, atteggiandosi come revoca della stessa, non è ammissibile una volta che il concordato sia stato omologato”*¹⁹³.

Se si segue questo ragionamento, però, si corre il rischio di non incentivare, anzi di scoraggiare il deposito di proposte. Il venir meno della proposta nel caso di rinuncia alla domanda, finirebbe per fare da deterrente all'intervento di soggetti terzi nella procedura concordataria. Sarebbe difficile per un creditore impegnare tempo e risorse, che comunque sono necessarie per poter presentare una proposta concorrente, per vedere poi come questa possa venir meno in caso di rinuncia da parte del debitore, non giustificata da valide ragioni, ma anche solo per finalità ostruzionistiche. L'imprenditore in procedura, secondo l'interpretazione più critica¹⁹⁴, potrebbe disporre così della sorte delle proposte dei creditori, compromettendo lo scopo per il quale la norma era stata pensata, oltretutto senza che vi siano apposite sanzioni o risarcimenti.

Secondo la tesi opposta, la proposta non può venir meno nel caso in cui il debitore rinunci alla domanda. Lo sviluppo della procedura, dopo la presentazione della domanda, non rimarrebbe una prerogativa esclusiva del debitore¹⁹⁵. Si sostiene, infatti, che chi chiede di essere ammesso alla procedura concordataria deve essere conscio sia dei benefici che dei rischi cui va incontro. Se non fosse possibile proseguire la procedura in caso di rinuncia alla domanda principale, si attribuirebbe al debitore un potere troppo grande, che finirebbe per pregiudicare l'utilità dell'istituto delle proposte concorrente.

L'incertezza sulla sorte delle proposte, viene risolta affermando che la presentazione della domanda del debitore deve essere considerata solo condizione che dà ai creditori la facoltà di presentare

¹⁹² AMBROSINI, 2015, *Il diritto della crisi d'impresa nella legge n. 132 del 2015 e nelle prospettive di riforma*, pag. 24, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, da Ilcaso.it.

¹⁹³ Cass. 28 aprile 2015, n. 8575, così massimata in Ilcaso.it.

¹⁹⁴ BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pag. 48, in *Fallimenti e Società*.it.

¹⁹⁵ VAROTTI, *Appunti veloci sulla riforma del 2015 della Legge Fallimentare*, pag. 14, in *Crisi d'impresa e fallimento*, da Ilcaso.it, secondo il quale poi la continuazione della procedura *“costituisce un diritto attribuito anche ai creditori concorrenti: diritto che si colloca perfettamente nel solco dell'articolo 2910 del codice civile”*.

proposte¹⁹⁶. Una volta che queste sono presenti all'interno della procedura, la loro permanenza non può in alcun modo essere messa in discussione dalla rinuncia del debitore. Tale comportamento finirebbe con l'essere irrilevante e il concordato potrebbe continuare ugualmente.

Bisogna considerare poi quanto hanno affermato i primi commenti della giurisprudenza. Il Tribunale di Bergamo, sempre nella sua circolare operativa dichiara che *“la revoca ex art. 173 L.F. dell'ammissione al concordato nonché la rinuncia della domanda da parte del debitore non comportano l'arresto della procedura ove nei termini di legge sia stata presentata una proposta concorrente, dovendo, in tal caso la procedura proseguire con riferimento alla proposta concorrente”*¹⁹⁷.

2.10 L'esecuzione del concordato e i nuovi compiti del commissario giudiziale

Per portare a termine con successo una proposta concorrente è necessario che si dia attuazione al piano del creditore. Nel caso in cui il debitore sia reticente, il commissario giudiziale o il debitore stesso devono disporre degli opportuni strumenti di denuncia e di coercizione. Il legislatore è quindi dovuto intervenire anche sull'esecuzione del concordato e dunque sull'art. 185 l.fall., per coordinare questa fase con l'introduzione delle proposte.

Le modifiche alla disposizione non hanno tuttavia mancato di suscitare perplessità in dottrina. L'intervento sarebbe stato una grande occasione per cambiare le norme generali che regolano la fase attuativa di qualsiasi domanda omologata di concordato e non solo per le proposte depositate dai creditori¹⁹⁸. Le norme preesistenti applicabili a tutti i concordati sono imprecise e carenti¹⁹⁹ e

¹⁹⁶ In questo senso BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pag. 49, in *Fallimenti e Società*.it.

¹⁹⁷ TRIBUNALE DI BERGAMO SECONDA SEZIONE CIVILE, circolare operativa n. 2/16, consultabile al seguente link http://www.odcec.bg.it/documento/circolare-operativa-n-22016-del-3-marzo-2016-2/attachment/circolare_operativa_2_2016/

¹⁹⁸ PEZZANO e RATTI, *Il complesso processo (formativo e attuativo) delle proposte concorrenti*, pagg. 38-39, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, da Ilcaso.it. Tuttavia per VAROTTI, *Appunti veloci sulla riforma del 2015 della Legge Fallimentare*, pag. 10, in *Crisi d'impresa e fallimento*, da Ilcaso.it, le modifiche del 2015 hanno avuto *“indubbiamente*

forse sarebbe stato preferibile intervenire anche su queste, in modo particolare per dare poteri più forti all'organo giudiziario, che nell'esecuzione non ha sostanzialmente mai avuto.

Le novità non riguardano la disciplina generale che è rimasta immutata, ma solo l'esecuzione delle proposte concorrenti e i possibili rimedi per far fronte agli eventuali inadempimenti del debitore in caso di mancata collaborazione spontanea all'attuazione del piano. Non bastava infatti, come stabilito dall'art. 185 comma 3 l. fall., la generica presenza di un dovere (obbligo peraltro molto vago) di compiere ogni atto necessario a dare esecuzione alla proposta di concordato depositata dai creditori. Il debitore infatti non può essere motivato a dare esecuzione ad un piano differente dal proprio, in cui si regola la crisi in maniera diversa da quella che lui avrebbe voluto. Non potrebbe essere interessato a impegnarsi nella risoluzione della crisi, secondo le indicazioni che ora provengono da un altro soggetto, il creditore.

Ciò ha indotto il legislatore a stabilire delle regole più precise ed efficaci con riferimento ai comportamenti che il debitore deve tenere. La modifica ha comportato l'introduzione di 4 nuovi commi. L'obbligo generico presente nel comma 3 viene quindi specificato. L'impulso all'azione dell'organo giudiziario può provenire da due fonti diverse. I soli legittimati possono essere lo stesso commissario giudiziale, ma anche il creditore proponente. Le modalità di intervento sono diverse a seconda di chi prenda l'iniziativa.

Il commissario, nel caso in cui si renda conto che il debitore non stia facendo quanto necessario per dare esecuzione alla proposta, deve senza indugio riferire tale situazione al tribunale. In questo caso è sufficiente un'informale comunicazione all'organo giudiziario. Tale potere del commissario (di riferire al tribunale l'omissione o il ritardo del debitore nel compimento degli atti necessari a dare esecuzione alla proposta concorrente) sorge, però, solo dopo l'omologazione²⁰⁰.

Più formalizzata è la procedura per quanto riguarda il creditore proponente. Quest'ultimo può presentare, sempre dopo il decreto di omologa, *“un ricorso, notificato a debitore e commissario giudiziale, con il quale richiede, in sostanza, di sostituire il commissario giudiziale al debitore nel compimento degli atti”*. Tuttavia *“non è chiaro se i creditori proponenti....possano limitarsi a un generico intervento del tribunale oppure debbano specificare gli elementi dai quali si deduce l'inerzia del debitore”* indicando poi anche gli atti per i quali si chiede la sostituzione²⁰¹.

il pregio di dettare qualche disposizione ulteriore, rispetto a quelle scarse già in vigore, in tema di esecuzione del concordato preventivo”.

¹⁹⁹ BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pag. 68, in Fallimenti e Società.it.

²⁰⁰ VAROTTI, *Appunti veloci sulla riforma del 2015 della Legge Fallimentare*, pag. 11, in Crisi d'impresa e fallimento, da Ilcaso.it.

²⁰¹ Per PEZZANO e RATTI, *Il complesso processo (formativo e attuativo) delle proposte concorrenti*, pagg. 42-3, in Crisi d'Impresa e Fallimento, da Ilcaso.it, questo ricorso aprirebbe una sorta di “miniprocedimento”.

Quello che si può cogliere immediatamente dalla nuova formulazione è il forte incremento dei poteri e delle prerogative del commissario giudiziale, che può ora intervenire rivolgendosi al tribunale nel caso ritenga che il debitore non stia dando esecuzione alla proposta. Il commissario in passato aveva un mero dovere di vigilanza e poteva fare poco di fronte agli eventuali inadempimenti del debitore. Anche al giudice concordatario spettavano poteri molto limitati. La giurisprudenza affermava che *“nella fase esecutiva del concordato le funzioni degli organi della procedura si limitano all’attività di supervisione e controllo e trovano sostegno nelle specifiche istruzioni dettate dal decreto di omologazione”*²⁰².

La figura del commissario assume una nuova veste. Si tratta di un profondo cambiamento dei compiti che gli spettano. I suoi poteri principali in passato erano *“di vigilanza, informazione, consulenza ed impulso, complessivamente finalizzate al controllo della regolarità del comportamento del debitore e alla tutela dell’effettiva informazione dei creditori, ma non anche di amministrazione o gestione, né di rappresentanza”*²⁰³. Inoltre il commissario *“non è portatore di specifici interessi da far valere in sede giurisdizionale e non è abilitato all’esercizio di azioni, né in proprio né in veste di sostituto processuale”*²⁰⁴.

Dopo le recenti modifiche tale visione viene parzialmente meno e il commissario assume una funzione di gestione più spiccata della procedura. Svolge anche il compito di organo attuativo della proposta. Il suo intervento ora è possibile dopo l’omologazione del concordato, ma ciò non può avvenire, anche dopo le modifiche del 2015, nella fase precedente²⁰⁵. Spesso, infatti, gli inadempimenti si riscontrano anche in questa fase e ci sarebbe stato bisogno di misure di contrasto più efficaci verso questi comportamenti del debitore.

Mantiene comunque la funzione principale che è pur sempre quella di vigilanza, ma i suoi poteri diventano più incisivi, quasi *“investigativi”*²⁰⁶, come nel caso dell’art. 165 ultimo comma l.fall., che prevede per il commissario l’obbligo di comunicare *“senza ritardo al pubblico ministero i fatti che possono interessare ai fini delle indagini preliminari in sede penale e dei quali viene a conoscenza nello svolgimento delle sue funzioni”*.

²⁰² Tribunale di Monza, 13 febbraio 2015, in Ilcaso.it.

²⁰³ Cass. 7 luglio 2015, n. 14052, in Diritto & Giustizia 2015.

²⁰⁴ Per PEZZANO e RATTI, *Il complesso processo (formativo e attuativo) delle proposte concorrenti*, pag. 46 in Crisi d’Impresa e Fallimento, da Ilcaso.it.

²⁰⁵ Anche in questo caso non sono mancate le critiche BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pag. 70, in Fallimenti e Società.it, afferma che *“un similare intervento sostitutivo del commissario sarebbe stato opportuno, in via cautelare, anche prima dell’omologa....per dare al terzo proponente la garanzia di una gestione dell’impresa non disfunzionale ai suoi interessi”*.

²⁰⁶ PEZZANO e RATTI, *Il complesso processo (formativo e attuativo) delle proposte concorrenti*, pag. 50, in Crisi d’Impresa e Fallimento, da Ilcaso.it.

Le novità comunque non si fermano solo a questo. L'art. 185 comma 6 l.fall. prevede infatti la possibilità da parte del Tribunale di revocare l'organo amministrativo e nominare al suo posto un amministratore giudiziario con prerogative molto importanti, solo però nel caso in cui si tratti di società (senza alcuna preclusione per il tipo), ma non per gli imprenditori individuali. I poteri che spettano all'amministratore giudiziale sono molto ampi, compreso quello di convocare l'assemblea straordinaria dei soci avente ad oggetto la delibera di aumento di capitale e l'esercizio di voto nella stessa, nel caso in cui la proposta lo preveda.

Secondo parte della dottrina, sarebbe stato sufficiente prevedere l'intervento dell'amministratore giudiziario solo nel caso di interventi sul capitale, mentre in tutti gli altri casi sarebbe bastato l'intervento del commissario giudiziale²⁰⁷. Tuttavia il legislatore, con le modifiche all'art. 185 l.fall. è intervenuto in modo più incisivo, attribuendo all'amministratore giudiziario il potere di compiere ogni atto necessario a dare esecuzione alla proposta di concordato, anche nel caso in cui non sia previsto alcun aumento di capitale sociale.

L'obiettivo finale di queste norme deve essere sempre quello di dare attuazione alle proposte concorrenti, cercando di massimizzare la soddisfazione dei creditori concorsuali. Il comma 6 dell'art. 185 è funzionale non solo alla tutela dei proponenti, ma ancor di più a quella della massa dei creditori che può *"confidare in tal modo su una ben più probabile esecuzione degli obblighi concordatari"*²⁰⁸.

È necessario considerare, però, anche il caso opposto, quello in cui sia il creditore proponente ad essere considerato inadempiente. La legge non dice nulla a proposito, tuttavia sembra comunque applicabile anche a questa fattispecie la sanzione prevista dall'art. 186 l.fall., cioè la risoluzione per inadempimento, purché questo non abbia scarsa importanza. Non si è mancato di sottolineare però come gli effetti negativi ricadrebbero sul debitore, che ove ricorrano i presupposti potrebbe anche essere dichiarato fallito, in conseguenza di una violazione degli obblighi non fatta da lui, ma da un soggetto terzo: il creditore proponente²⁰⁹. Forse sarebbe meglio applicare le disposizioni del comma 4 dello stesso articolo, secondo cui la risoluzione non potrebbe avvenire quando gli obblighi derivanti dal concordato sono stati assunti da un terzo con liberazione immediata del debitore.

²⁰⁷ In questo senso BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pagg. 71-2, in *Fallimenti e Società.it*.

²⁰⁸ LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015*, in *Ilfallimentarista.it*

²⁰⁹ BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pagg. 74-75, in *Fallimenti e Società.it*.

Capitolo 3

LE OFFERTE CONCORRENTI

3.1 Origini dell'istituto: il caso “Fondazione San Raffaele del monte Tabor”

Il decreto legge 83/2015 è intervenuto per colmare alcune lacune all'interno della legge fallimentare, che comportavano una carenza di competitività e concorrenza nel concordato preventivo. L'esecuzione concordataria è regolata dall'art. 185 l.fall. che garantisce al commissario il potere di sorvegliare l'adempimento del concordato secondo quanto stabilito nel giudizio di omologa²¹⁰. Nel concordato con cessione di beni poi si fa riferimento all'art. 182 l.fall., modificato profondamente, già a partire dal 2007, con quella che è stata definita da più parti come una “fallimentarizzazione” della fase esecutiva della procedura concordataria²¹¹.

Questa disciplina, prima delle modifiche del D.L., aveva però il limite di riguardare solo la fase del concordato successiva all'omologazione, mentre mancavano le norme per regolare la liquidazione anticipata nella fase antecedente l'omologa. Non c'era, poi, una norma che regolasse compiutamente la liquidazione nel caso in cui il debitore abbia fatto domanda di concordato ai sensi dell'art. 161 comma 6²¹². In ogni caso nel concordato, la liquidazione di un singolo bene o anche

²¹⁰ BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pagg. 75-76, in *Fallimenti e Società.it*, da *Il caso.it*.

²¹¹ PEDOJA, *La fase esecutiva del piano concordatario alla luce della riforma legislativa D.L. 83/2015*, pag. 7, in *Fallimenti e società.it*.

²¹² BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pag. 75, in *Fallimenti e Società.it*, da *Il caso.it*.

dello stesso complesso aziendale, rappresentano atti di straordinaria amministrazione e devono, perciò, essere autorizzate dal giudice delegato secondo quanto previsto dall'art. 167 l.fall.

La mancata regolazione delle vendite effettuate nella fase antecedente all'omologazione del concordato o ancor prima nella fase di concordato in bianco, comportava l'assunzione di una rilevante responsabilità da parte degli organi della procedura nell'autorizzazione degli atti di straordinaria amministrazione²¹³. Inoltre l'affitto d'azienda, operazione molto importante e che si verifica spesso nel concordato preventivo, era regolato autonomamente soltanto per il fallimento ai sensi dell'art. 104 bis l.fall.

Dopo le modifiche del 2015, questa rilevante lacuna è venuta meno. È stato modificato il comma 5 dell'art.182, in forza del quale anche alle vendite, alle cessioni e ai trasferimenti legalmente posti in essere dopo il deposito della domanda di concordato vengono applicate mediante richiamo le norme degli artt. da 105 a 108 ter l.fall., in quanto compatibili. Questa modifica legislativa è stata molto importante perché disciplina le attività di liquidazione del concordato preventivo. Le vendite e le cessioni effettuate dopo il deposito della domanda di concordato o in sua esecuzione sono così assoggettate *“alle regole forti della circolazione coattiva come previste per la vendita fallimentare”*²¹⁴.

Questa non è stata l'unica novità che ha riguardato la vendite concordatarie. Il legislatore ha sentito il bisogno di intervenire per regolare anche un'altra fattispecie che si verificava piuttosto spesso nel concordato preventivo. Prima dell'introduzione del D.L. 83/2015, molti piani concordatari depositati potevano essere ricondotti ad uno schema collaudato²¹⁵. Nella pratica, si stipulava un contratto d'affitto d'azienda (o di un suo ramo ancora potenzialmente appetibile) prima del deposito della domanda di concordato, da parte di un soggetto già individuato e che a volte poteva anche essere in qualche modo legato o comunque riconducibile al debitore stesso. Il tutto era accompagnato poi da una promessa irrevocabile d'acquisto dell'impresa, stipulata sempre tra l'offerente e il debitore in crisi, nella quale tale cessione era condizionata all'omologa.

Tale contratto costituiva la base del piano concordatario e di tutta la procedura concorsuale. L'accordo *“veniva trasfuso nel piano concordatario, cosicché i creditori si trovavano a dover approvare un pacchetto preconfezionato dal debitore”*²¹⁶. Il piano veniva definito nei dettagli, specificando in particolare i prezzi, le modalità (anche di pagamento) e le tempistiche della

²¹³ AZZARA', *Le offerte concorrenti di concordato preventivo: analisi dell'art. 163 bis della legge fallimentare*, pagg. 2-3, in *Dirittobancario.it*

²¹⁴ LICCARDO, *Il caso e la legge: l'apertura al mercato nell'epoca post-moderna*, in *Ilfallimentarista.it*.

²¹⁵ VITIELLO, *Le vendite concorsuali e offerte concorrenti: la fine dell'era delle proposte di concordato chiuse*, in *Ilfallimentarista.it*.

²¹⁶ Tribunale di Bolzano, 17 maggio 2016, in *Ilcaso.it*

liquidazione concordataria. Con una domanda di concordato di questo tipo, definita chiusa o vincolata, non era possibile per il tribunale applicare la disciplina prevista dall'art. 182 l.fall. per le vendite da eseguirsi nella fase esecutiva del concordato. Di conseguenza si potevano aggirare le procedure competitive previste in via generale per le vendite nel concordato. In questa particolare tipologia di concordato risultava impossibile applicare i due principi fondamentali che caratterizzano le vendite concordatarie: la pubblicità e la natura competitiva del procedimento²¹⁷.

Nei tribunali italiani si era creata, in assenza di una specifica regolamentazione che disciplinasse questa particolare fattispecie, una prassi secondo la quale questa domanda cd. "chiusa" era comunque ritenuta ammissibile, sempre che il prezzo dell'impresa destinata alla cessione fosse ritenuto congruo dagli organi della procedura²¹⁸. I tribunali in questo modo valorizzavano "l'accentuata impronta negoziale della procedura di concordato preventivo"²¹⁹ riconoscendo al debitore in crisi, il diritto di decidere su come collocare i propri beni sul mercato. Il tutto avveniva comunque sotto il controllo e la vigilanza del commissario giudiziale.

Nonostante ciò, il rischio di abusi era sempre presente. In particolare, il debitore poteva riappropriarsi dell'impresa anche attraverso l'utilizzo di soggetti compiacenti. Spesso poi tale soggetto acquirente era addirittura costituito appositamente per rilevare l'impresa. Questa criticità connessa al modo in cui veniva disciplinato il concordato, cioè tramite il cd. pacchetto preconfezionato, era già stata segnalata dal Tribunale di Milano nel Decreto di ammissione al concordato della Fondazione San Raffaele²²⁰, in una pronuncia che si discostava da quello che era l'orientamento maggioritario della giurisprudenza. Anche nel caso in questione, ci si trovava di fronte al problema tipico del concordato cd. chiuso; la presenza di un preliminare "non consentiva di modificare il prezzo o di sondare se vi fossero altri soggetti interessati all'acquisto dell'azienda ospedaliera che avrebbero potuto offrire di più"²²¹.

In questa situazione, ci poteva essere il rischio che il prezzo proposto dal terzo già individuato non rispecchiasse la reale valutazione del complesso aziendale. La cessione dell'impresa o di un suo

²¹⁷ VITIELLO, *Le vendite concorsuali e offerte concorrenti: la fine dell'era delle proposte di concordato chiuse*, in *Ilfallimentarista.it*. In questo senso anche LICCARDO, *Il caso e la legge: l'apertura al mercato nell'epoca post-moderna*, in *Ilfallimentarista.it*, secondo il quale prima del D.L., laddove il debitore avesse provveduto a disciplinare organizzativamente la liquidazione nella sua interezza, l'esecuzione concordataria era sottratta alla previsione di cui all'art 182 l. fall".

²¹⁸ TRIBUNALE DI BOLZANO, 10 marzo 2015 in *Il caso.it*.

²¹⁹ VITIELLO, *Le vendite concorsuali e offerte concorrenti: la fine dell'era delle proposte di concordato chiuse*, in *Ilfallimentarista.it*.

²²⁰ TRIBUNALE DI MILANO, 27 ottobre 2011, Decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo Fondazione San Raffaele del Monte Tabor, consultabile in *Il fallimento*, 2012, n. 1, pag. 7. In dottrina ha commentato la sentenza LAMANNA, *Speciale Decreto "contendibilità e soluzioni" n.83/2015: concordato preventivo – "proposte/piani" ed "offerte" concorrenti*, in *Ilfallimentarista.it*.

²²¹ LAMANNA, *Speciale Decreto "contendibilità e soluzioni" n.83/2015: concordato preventivo – "proposte/piani" ed "offerte" concorrenti*, in *Ilfallimentarista.it*.

ramo, vista l'impossibilità di applicare le procedure competitive previste, poteva avvenire a valori inferiori rispetto a quelli di mercato. Ma l'alternativa per i creditori era semplicemente quella di accettare la domanda del debitore oppure di rifiutarla in blocco, soprattutto *“a fronte del rischio di soluzioni fallimentari che raramente erano garanzia di maggiori introiti in tempi economicamente accettabili”*²²².

Una parte minoritaria dei tribunali italiani (compreso dunque il Tribunale di Milano), criticava questa prassi e questa particolare tipologia di concordato. Secondo l'interpretazione da questi propugnata, si doveva fare in ogni caso riferimento alle regole che disciplinano la vendita nelle procedure concorsuali, in particolare alle procedure competitive e alla pubblicità (art. 106-7-8 l.fall.). Le conseguenze non sono di poco conto, in quanto si tratta di aprire alla concorrenza un contratto già concluso tra soggetti privati. Anche in presenza di un domanda di concordato cd. chiusa, alcuni tribunali obbligavano all'apertura di una gara alla ricerca di potenziali soggetti interessati.

Una delle più importanti pronunce che ha fatto proprio questo orientamento è stata proprio quella del decreto di ammissione al concordato preventivo della Fondazione San Raffaele del monte Tabor (ma ce ne sono stati altri, come quello del concordato preventivo La Perla²²³). Di seguito, per ogni decreto si evidenziano i punti chiave:

- per la Fondazione San Raffaele era stabilito nel piano, la cessione ad un terzo già individuato in forza di un'offerta irrevocabile d'acquisto della parte più importante dell'attivo, cioè il ramo d'azienda comprendente l'attività ospedaliera di ricerca clinica e scientifica. Il tribunale²²⁴ affermava però, come *“il contratto preliminare in questione, se inteso come strumento finalizzato solo a precostituire una cessione preferenziale di beni del debitore ad un prezzo predeterminato (e in ipotesi particolarmente vantaggioso) a favore solo di predeterminati soggetti sia assoggettabile ad eventuale invalidazione per violazione o elusione di norme imperative se fra queste dovesse annoverarsi,, l'art. 182 l. fall. in quanto e nella parte in cui tale disposizione normativa sembra disegnare un quadro di modalità liquidatorie tendenzialmente finalizzate al massimo realizzo dei cespiti del debitore attraverso modalità competitive di vendita”*. Il cd. *“pacchetto preconfezionato”*,

²²² GREGGIO e VIDAL, *Un primo interessante caso di applicazione della novella di cui all'art'163 bis L.F nota a Decreto del Tribunale di Padova (16 ottobre 2015)*, pag. 3, in Fallimenti e Società.it.

²²³ TRIBUNALE DI BOLOGNA, decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo La perla srl, consultabile al seguente link <http://www.portalecreditori.it/procedura.php?id=92626>. In dottrina ha commentato il decreto LICCARDO, *Il caso e la legge: l'apertura al mercato nell'epoca post-moderna*, in Ilfallimentarista.it,

²²⁴ TRIBUNALE DI MILANO, 27 ottobre 2011, Decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo Fondazione San Raffaele del Monte Tabor, consultabile al seguente link <http://www.ilfallimento.it/?p=673>.

tanto più che l'offerente originario si trovava in una possibile situazione di conflitto d'interesse, non portava alla massimizzazione della soddisfazione per i creditori concorsuali. Anche grazie all'ampia pubblicità effettuata su internet, sui quotidiani nazionali e alla messa a disposizione di una *data room* con tutte le informazioni societarie necessarie per la vendita, si è riuscito ad ottenere un netto miglioramento rispetto a quanto originariamente promesso. Alla conclusione della procedura è stato possibile raggiungere una soddisfazione per i chirografari molto elevata compresa tra il 60 e il 70% e si è riuscito contemporaneamente a salvaguardare circa 5.000 posti di lavoro²²⁵.

- la società La Perla S.p.A aveva invece formulato domanda di concordato con riserva (a causa della grave crisi in cui versava), chiedendo, immediatamente dopo il deposito, di dare continuità alla produzione industriale tramite l'affitto dell'azienda con annesso contratto preliminare di vendita. La controparte contrattuale era stata scelta attraverso due aste informali competitive. Tuttavia è stato soltanto in seguito alla gara effettuata in tribunale e quindi sotto il controllo degli organi della procedura, che è stato possibile individuare il "vero" valore di mercato dell'impresa²²⁶. Il Tribunale di Bologna²²⁷ aveva fatto notare che "la selezione competitiva costituisce principio ineludibile anche delle procedure concorsuali in ogni loro relazione con il mercato". Tutto ciò ha permesso di superare il disallineamento informativo dei potenziali e di recuperare in favore della società ricorrente, capacità di contrattazione altrimenti pregiudicata dall'incedere della crisi. Evidentemente questa procedura maggiormente formalizzata e realizzata sotto il controllo dell'autorità giudiziaria, è stata vista dai soggetti interessati come quella capace di assicurare una maggiore legalità e trasparenza rispetto alle procedure informali che erano state svolte in precedenza²²⁸;

Nel decreto di ammissione al concordato del San Raffaele, il Tribunale mette in discussione la struttura della proposta che si verificava piuttosto spesso, mediante la creazione di una NewCo con una proposta irrevocabile di vendita da parte di un terzo soggetto già individuato in precedenza. Sebbene si fosse in fase antecedente all'omologa, l'organo giudiziario ha comunque obbligato allo

²²⁵ LAMANNA, *Speciale Decreto "contendibilità e soluzioni" n.83/2015: concordato preventivo – "proposte/piani" ed "offerte" concorrenti*, in *Ilfallimentarista.it*.

²²⁶ In questo senso LICCARDO, *Il caso e la legge: l'apertura al mercato nell'epoca post-moderna*, in *Ilfallimentarista.it*.

²²⁷ TRIBUNALE DI BOLOGNA, decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo La perla srl, consultabile al seguente link <http://www.portalecreditori.it/procedura.php?id=92626>.

²²⁸ LICCARDO, *Il caso e la legge: l'apertura al mercato nell'epoca post-moderna*, in *Ilfallimentarista.it*, a tal proposito afferma che "le aule del Tribunale hanno rappresentato il luogo ideale per effettuare un investimento di tale portata".

svolgimento di una gara per l'individuazione di un affittuario in vista della futura cessione dell'impresa.

L'utilizzo di questa procedura competitiva nei due casi in esame, ha portato ai creditori concorsuali un grande vantaggio e ha migliorato notevolmente la percentuale di soddisfazione dei chirografari, rispetto a quanto era stato originariamente previsto. Si era creata, però, una frattura tra le varie decisioni della giurisprudenza. Proprio questi risultati così favorevoli, dovuti anche alla tempestività con cui si è intervenuto nella crisi, sembrerebbero aver convinto il legislatore ad adottare questo modello competitivo.

Il legislatore, quindi, per colmare le lacune menzionate e per dare un orientamento uniforme alle diverse pronunce dei tribunali, è intervenuto introducendo nella legge fallimentare il nuovo art. 163 bis l.fall. Lo ha fatto recependo quasi integralmente quella scuola di pensiero minoritaria che vede nella decisione del Tribunale di Milano il suo punto di riferimento²²⁹. Con l'introduzione del nuovo art. 163 bis l.fall. (ma più in generale con tutto il D.L. 83/2015) *“ha chiaramente scelto di introdurre una disciplina, di natura imperativa, sulla necessaria interlocuzione col mercato anche delle società in concordato”*²³⁰.

L'obiettivo principale delle modifiche, come accennato, è quello di massimizzare i risultati della liquidazione, cercando allo stesso tempo di evitare eventuali intenti fraudolenti del debitore²³¹. Il Legislatore, attraverso questa novità così rilevante ha fatto grande affidamento sulla capacità del mercato di valorizzare in maniera appropriata i beni aziendali e l'impresa stessa.

Con l'intervento legislativo, dunque, si è voluto scoraggiare questa prassi. È la stessa Relazione accompagnatoria²³² al Decreto Legge ad affermare espressamente che il risultato che si vuole raggiungere con il nuovo istituto è quello di intervenire nella fattispecie dei cd. concordati chiusi.

Ricapitolando, la norma intende conseguire e cerca di realizzare allo stesso tempo una serie di obiettivi²³³:

- anestetizzare ogni interlocuzione pre-concorsuale realizzata dal debitore. È chiaro come in questa fase a causa delle rilevanti asimmetrie informative dovute anche alla carenza di

²²⁹ Secondo LAMANNA, *Speciale Decreto “contendibilità e soluzioni” n.83/2015: concordato preventivo – “proposte/piani” ed “offerte” concorrenti*, in *Ilfallimentarista.it*, il legislatore nella formulazione dell'art. 163-bis *“ha fatto buon uso dell'interpretazione virtuosa e vincente applicata anche in tal caso dal Tribunale di Milano in occasione della procedura di concordato preventivo San Raffaele”*.

²³⁰ GALLETTI, *I rilevanti poteri del giudice nella disciplina delle offerte concorrenti*, in *Ilfallimentarista.it*.

²³¹ VAROTTI, *Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare*, pag. 3, in *Il caso.it*

²³² Questo documento risulta consultabile sul sito del Ministero della giustizia al seguente link,

https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_2_1.page;jsessionid=dr6hj3-GBXRiTp2dvByLD9cD?contentId=SAN1168062&previousPage=mg_1_2_1

²³³ LICCARDO, *Il caso e la legge: l'apertura al mercato nell'epoca post-moderna*, in *Ilfallimentarista.it*.

informazioni attendibili, ci si trova in una situazione di squilibrio tra le parti e ci può essere il rischio di comportamenti opportunistici;

- ribadire e rafforzare il nucleo costitutivo della relazione con il mercato delle procedure concorsuali in genere; in questo modo la concorrenza diventa un principio trasversale di ogni intervento concorsuale della crisi.

3.2 Confini e caratteristiche del nuovo istituto

La Relazione accompagnatoria al D.L.²³⁴, prendendo in considerazione la fattispecie del contratto concluso tra debitore e terzo già individuato, afferma che “generalmente non vi è la garanzia che le condizioni pattuite con il terzo assicurino il miglior realizzo” prevedendo nel caso di cessione dietro pagamento di un corrispettivo, “l’apertura a possibili offerte che siano migliorative nel quantum senza alterare l’originario piano”.

Questa procedura competitiva prevista dall’art. 163 bis l.fall., si verifica nel corso del concordato e influisce in maniera piuttosto rilevante sul suo svolgimento. La norma si applica ed è stata prevista proprio per i concordati di tipo liquidatorio, ma è possibile applicarla anche a quelli con continuità indiretta in vista della cessione o del conferimento dell’impresa. Può regolare infine, anche la vendita di beni non funzionali all’esercizio d’impresa, per i concordati con continuità diretta²³⁵.

Per quanto riguarda l’utilizzo del nuovo istituto con riferimento alle varie fasi del concordato, il legislatore ha previsto espressamente che “la disciplina del presente articolo si applica, in quanto compatibile, anche agli atti da autorizzare ai sensi dell’articolo 161, settimo comma, nonché all’affitto di azienda o di uno o più rami di azienda”.

E’ stato quindi espressamente previsto che la vendita concorsuale possa avvenire nella fase preconcorsuaria producendo l’effetto tipico delle vendite di natura coattiva, quello purgativo delle eventuali iscrizioni o trascrizioni pregiudizievoli sul bene venduto, sebbene non siano stati

²³⁴ Questo documento risulta consultabile sul sito del Ministero della giustizia al seguente link, https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_2_1.page;jsessionid=dr6hj3-GBXRiTp2dvByLD9cD?contentId=SAN1168062&previousPage=mg_1_2_1

²³⁵ BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pag. 82, in *Fallimenti e Società.it*, da *Il caso.it*.

espressamente richiamati gli artt. da 105 a 108 ter l.fall²³⁶. Le vendite effettuate secondo la procedura prevista dall'art. 163 bis l.fall. hanno poi anche altre caratteristiche: sono effettuate sotto il controllo dell'autorità giudiziaria, indipendentemente dalla volontà del debitore e naturalmente nell'interesse dei creditori concorsuali. Il riparto del ricavato della vendita dovrà inoltre rispettare le cause legittime di prelazione.

Dalla possibilità di vendita con effetti purgativi prima della scadenza del termine ex art. 161, comma 6, l. fall., in assenza di piano, proposta e relazione attestatrice, deriverebbe un'ulteriore conseguenza di carattere sistematico. Il problema, di cui si è discusso per molto tempo in dottrina, sulla natura della fase preconcordataria impone di considerare questo periodo "*quale parte integrante della procedura concordataria vera e propria*"²³⁷.

L'art.163 bis si applica, dunque anche nel "preconcordato", agli atti d'affitto e cessione d'azienda in cui è già stato individuato l'acquirente. Non si può però applicare ad altri atti che non sono logicamente compatibili. È il caso ad esempio dell'autorizzazione all'acquisto di beni oppure anche gli atti che devono essere autorizzati ai sensi di altre norme, come l'art. 169 bis in tema di scioglimento dai contratti pendenti²³⁸.

Sono quindi necessari, secondo quanto previsto nella disposizione, una serie di elementi perché la procedura competitiva ex art. 163 bis l.fall. possa aver luogo²³⁹:

- il piano deve contenere un'offerta d'acquisto vincolante da parte di un soggetto già individuato;
- deve avere ad oggetto la cessione dell'azienda in crisi, di uno o più rami della stessa o di beni per i quali sia quantomeno conveniente svolgere una gara;
- l'offerta deve avere ad oggetto un trasferimento a titolo oneroso attraverso una vendita o altro negozio (quale ad esempio una *datio in solutum*). La norma, nella formulazione originaria del Decreto Legge, riguardava le sole offerte aventi ad oggetto la cessione dei suddetti beni verso corrispettivo in denaro.

²³⁶ VITIELLO, *Le vendite concorsuali e offerte concorrenti: la fine dell'era delle proposte di concordato chiuse*, in Ifallimentarista.it, Anche la giurisprudenza si è espressa nello stesso modo, in particolare TRIBUNALE DI BOLZANO, 17 maggio 2016, in Ilcaso.it, afferma che "*sotto il profilo degli effetti, la vendita competitiva di cui all'art. 163-bis legge fall., pur in assenza di un richiamo degli artt. da 105 a 108-ter legge fall. comporta: 1) gli effetti cd. purgativi di una vendita forzata (art. 108) 2) gli effetti liberatori dalla responsabilità dell'acquirente per i debiti sorti prima del trasferimento dell'azienda e risultanti dai libri contabili obbligatori (105 legge fall.)*."

²³⁷ VITIELLO, *Le vendite concorsuali e offerte concorrenti: la fine dell'era delle proposte di concordato chiuse*, in Ifallimentarista.it,

²³⁸ LA MALFA, *Le offerte concorrenti*, pag. 21, disponibile in www.osservatorio-oci.org.

²³⁹ AZZARA', *Le offerte concorrenti di concordato preventivo: analisi dell'art. 163 bis della legge fallimentare*, pagg. 4-5, in Dirittobancario.it

Questa non è stata l'unica modifica nel passaggio dal D.L. alla Legge di conversione. La procedura competitiva prevista dall'art. 163 bis l.fall ha subito, infatti, una profonda trasformazione. Originariamente con il D.L., il commissario doveva svolgere una valutazione sulla congruità dell'offerta e disporre, eventualmente nel caso lo avesse ritenuto opportuno, l'apertura della procedura competitiva. Qualora tale offerta non avesse garantito la migliore soddisfazione dei creditori concorsuali, il professionista si sarebbe dovuto rivolgere al tribunale per chiedere di dare luogo alla competizione, preparando un'istanza che ne indicasse le motivazioni. Inoltre, l'organo giudiziario poteva disporre l'apertura, rifiutarla o anche eventualmente aprirla d'ufficio nel caso in cui il commissario non ne avesse fatto richiesta.

Tale valutazione è stata eliminata in fase di conversione e, sempre con l'intento di aumentare il più possibile la concorrenza nel concordato, si è propeso per l'obbligatorietà della procedura. Non è più possibile, in base alla scelta legislativa, aggiudicare fin da subito il bene al terzo interessato che migliori l'offerta originaria contenuta nel piano. La procedura, per come viene impostata, potrebbe comportare anche possibili conseguenze negative. I potenziali soggetti interessati, consapevoli che una procedura competitiva si dovrà svolgere, potrebbero fare inizialmente un'offerta nella misura minima prevista dal decreto di ammissione²⁴⁰, proprio per cercare di tener basso il prezzo che fungerà da base nella gara tra gli offerenti.

Dopo le modifiche, la strada percorribile è una sola. Il tribunale in forza dell'univoco dettato normativo, non ha *“alcuna scelta operativa alternativa alla relazione competitiva, in quanto alla mera ricognizione di un piano contenente offerte segue, in successione meramente operativa, il decreto di apertura alle offerte concorrenti”*²⁴¹. Nei primi commenti, quello che ha più colpito del nuovo istituto è stato proprio l'automaticità della procedura competitiva che ne fanno presagire un suo largo utilizzo in futuro²⁴².

Si pone però un altro problema nella formulazione della procedura competitiva che è stata decisa dal legislatore. L'ispirazione della norma è derivata da concordati di imprese che sebbene in crisi, erano ancora appetibili. disponevano infatti di marchi, brevetti, strutture che avevano un elevato valore e che erano facilmente collocabili sul mercato. In altre parole, era piuttosto facile stimolare l'interesse di potenziali acquirenti e svolgere quindi una procedura competitiva.

²⁴⁰ TRIBUNALE DI BOLZANO, 17 maggio 2016, pag. 4, in Ilcaso.it.

²⁴¹ LICCARDO, *Il caso e la legge: l'apertura al mercato nell'epoca post-moderna*, in Ilfallimentarista.it.

²⁴² GREGGIO e VIDAL, *Un primo interessante caso di applicazione della novella di cui all'art'163 bis L.F nota a Decreto del Tribunale di Padova (16 ottobre 2015)*, pag. 5, in Fallimenti e Società.it.

Sfortunatamente però, non tutte le imprese che entrano in concordato hanno a disposizione assets così importanti e appetibili. Nella maggior parte dei casi, infatti, i beni delle imprese in crisi non sono così semplici da collocare sul mercato. Nel decreto legge infatti questa procedura era riservata alle vendite di aziende, di suoi rami o comunque a beni di rilevante valore. Ora però, dopo la legge di conversione, lo spazio di manovra per i tribunali è molto limitato, perché l'organo giudiziario è obbligato in ogni caso a far svolgere la procedura competitiva, emettendo un decreto che regoli la presentazione di offerte concorrenti. Questo potrebbe avvenire anche per beni non così rilevanti, causando dei possibili disagi o ancor più grave, rendendo la procedura competitiva non conveniente.

Sarebbe stato più utile se fosse stata formulata una clausola simile a quella dell'art. 104 ter l.fall., secondo la quale la liquidazione è consentita già prima dell'approvazione del programma, quando dal ritardo possa derivare pregiudizio all'interesse dei creditori. Parte della dottrina²⁴³ ritiene però, che anche senza un'espressa previsione in tal senso, sia comunque possibile per il giudice autorizzare, in caso di urgenza, la vendita derogando alle procedure competitive previste.

Il termine "offerta" utilizzato dall'art. 163 bis l.fall. è sufficientemente ampio da ricomprendere varie tipologie negoziali quali le offerte semplici, le offerte irrevocabili, ma anche i contratti preliminari²⁴⁴. Infatti, il primo comma del nuovo articolo subito precisa che la nuova disciplina si applica "anche quando il debitore ha stipulato un contratto che comunque abbia la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda, del ramo d'azienda o di specifici beni". Il legislatore, dunque, ha voluto applicare la procedura competitiva a tutti i contratti di trasferimento sia che abbiano effetti reali immediati che obbligatori. La competizione, però, si deve effettuare anche nel caso in cui tale contratto manchi e vi sia solo una semplice offerta (sia revocabile che irrevocabile) non accettata dal debitore in crisi²⁴⁵. L'offerta presentata deve comunque essere vincolante, anche se non irrevocabile. Non è dunque sufficiente una semplice manifestazione d'interesse²⁴⁶.

Anche per i contratti preliminari di vendita, il legislatore ha previsto l'apertura di un procedimento competitivo. Se si propende dunque per la totale inderogabilità della procedura competitiva²⁴⁷, la

²⁴³ BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pagg. 85-86, in *Fallimenti e Società.it*, da *Ilcaso.it*.

²⁴⁴ GREGGIO e VIDAL, *Un primo interessante caso di applicazione della novella di cui all'art'163 bis L.F nota a Decreto del Tribunale di Padova (16 ottobre 2015)*, pag. 5, in *Fallimenti e Società.it*.

²⁴⁵ BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pagg. 80-81, in *Fallimenti e Società.it*, da *Ilcaso.it*, l'autore critica questa scelta in quanto "se il debitore non si è impegnato in alcun modo a vendere l'azienda o altri beni all'offerente ma si è solo limitato a raccogliere una semplice offerta d'acquisto proveniente da un terzo, vi era spazio per il tribunale per un controllo sulle regole della liquidazione, tra cui rientrava quella dell'art. 107, richiamato dall'art. 182".

²⁴⁶ LA MALFA, *Le offerte concorrenti*, pag. 7, disponibile in www.osservatorio-oci.org.

²⁴⁷ In giurisprudenza questa interpretazione è stata sostenuta dal TRIBUNALE DI MONZA, 17 maggio 2016, in *Ilcaso.it*, secondo il quale la disciplina delle offerte concorrenti ex art. 163 bis l. fall. si applica a qualsiasi trasferimento di beni in ambito concordatario.

nuova formulazione avrebbe allargato l'ambito applicativo della norma andando oltre a quanto era stato previsto dal decreto di ammissione della Fondazione San Raffaele.

Il tribunale di Milano riteneva che, nel caso di contratti preliminari, non dovesse aver luogo alcuna procedura competitiva. Il preliminare concluso nel periodo antecedente alla domanda di concordato era da ritenere comunque opponibile ai creditori concorsuali. Parte della dottrina e anche alcune pronunce della giurisprudenza²⁴⁸ hanno seguito questo ragionamento e si sono espresse in modo più aderente al decreto di ammissione al concordato del San Raffaele. Secondo questa interpretazione, i preliminari rimarrebbero esclusi nel caso in cui fossero riconducibili alla normale attività di gestione dell'impresa²⁴⁹. L'esempio che viene subito in mente è quello di una società immobiliare che ha concluso con i propri clienti una serie di preliminari per la vendita di immobili, prima della domanda di concordato. Nel caso in cui, invece, si tratti di beni la cui vendita non costituisca oggetto dell'attività di impresa sarà necessario svolgere la procedura competitiva che potrà portare allo scioglimento coattivo anche dei contratti preliminari già conclusi.

In conclusione, nel concordato vengono a trovarsi tre distinti e non coordinati sistemi di regole che si occupano tutti della liquidazione e da ciò ne potrebbe derivare *“una parziale sovrapposizione dei campi di applicazione e una notevole confusione”*²⁵⁰. I primi 4 commi dell'art. 182, modificati solo parzialmente dalla riforma del 2015, sono applicabili al concordato con cessione di beni e riguardano la sola fase esecutiva. La nuova formulazione del quinto comma dell'art 182 l.fall., fa riferimento alle cessioni sia in fase esecutiva, sia alle vendite poste in essere dopo il deposito della domanda di concordato. Il campo di applicazione di quest'ultima norma è molto ampio e, secondo parte della dottrina, è da intendersi come *“una norma di chiusura, tale da imporre in via residuale le regole del fallimento in tutti i casi in cui debbano essere compiuti trasferimenti di beni”*²⁵¹. L'art. 182 l. fall. sarebbe la norma generale, mentre l'art. 163-bis la norma speciale²⁵², che regola i tempi ed i modi del procedimento di selezione dell'acquirente nei cd. concordati chiusi.

Le procedure competitive previste dall'art. 163 bis e dall'art. 182 l.fall. sono diverse. Se si è, dunque, in presenza di una domanda cd. chiusa o vincolata andrà applicato l'art. 163 bis, mentre in tutti gli altri casi si dovranno applicare le regole previste dall'art. 182 quinto comma. Sembra poi che si possa evitare di applicare quest'ultima procedura competitiva nel caso in cui si realizzi quella

²⁴⁸ TRIBUNALE DI LIVORNO, 11 maggio 2016, in Ilcaso.it.

²⁴⁹ CECCHINI, *Qualche spunto sulle offerte concorrenti*, pag. 13, in Ilcaso.it.

²⁵⁰ LA MALFA, *Le offerte concorrenti*, pagg. 3-4, disponibile in www.osservatorio-oci.org. Secondo l'autore infatti *“nel concordato le norme che regolano le attività della liquidazione sono troppe, ed è piuttosto difficile comprendere quale sia l'esatta portata di ciascuna di esse”*.

²⁵¹ LA MALFA, *Le offerte concorrenti*, pag. 4, disponibile in www.osservatorio-oci.org.

²⁵² GALLETTI, *Il difficile rapporto fra l'art 163 bis e l'art. 182 l.fall.*, in Ilfallimentarista.it

prevista dall'art. 163 bis, perché si tratterebbe in sostanza di un'inutile duplicazione che appesantirebbe la procedura concordataria²⁵³.

3.3 Il decreto di apertura e lo svolgimento della procedura competitiva

È dopo l'apertura del concordato che si deve effettuare la ricerca dei potenziali soggetti interessati, secondo quanto previsto dall'art. 163 bis l.fall. E' solo il tribunale a poter disporre l'apertura della procedura competitiva con apposito decreto, vista anche l'importanza dell'atto.

Per quanto riguarda le tempistiche, il decreto *“deve essere emesso non appena il tribunale constati l'esistenza delle relative condizioni, immediatamente dopo l'ammissione della proposta per il concordato “pieno”, non appena depositata l'offerta nel concordato con riserva”* e può anche fare *“corpo unico con quello di ammissione”*²⁵⁴. La procedura competitiva deve, però, terminare prima dell'adunanza dei creditori, anche se il contratto può essere perfezionato successivamente all'omologazione²⁵⁵.

All'interno del provvedimento dovranno essere presenti tutti gli elementi indispensabili per lo svolgimento della competizione. Secondo quanto previsto dal comma 2, il decreto *“stabilisce le modalità di presentazione delle offerte irrevocabili, prevedendo che ne sia assicurata in ogni caso la comparabilità”*. La procedura competitiva prevista dall'art. 163 bis l.fall., anche in questo caso, è stata configurata sulla base del decreto di ammissione al concordato della Fondazione San Raffaele, con *“meccanismi informativi modellati sulla data room e un ampio ricorso alle forme*

²⁵³ LA MALFA, *Le offerte concorrenti*, pag. 4, disponibile in www.osservatorio-oci.org.

²⁵⁴ LA MALFA, *Le offerte concorrenti*, pag. 5, disponibile in www.osservatorio-oci.org. Nello stesso verso si è espresso anche BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pag. 87, in *Fallimenti e Società.it*, da Ilcaso.it., secondo il quale *“il legislatore ha previsto il decreto in questione contestualmente a quello di ammissione alla procedura”* anche se poi aggiunge *“nulla esclude che la procedura competitiva possa essere disposta in un momento successivo al decreto di apertura della procedura concordataria; anzi è presumibile che questa sarà la situazione normale in modo da poter usufruire della presenza del commissario”*.

²⁵⁵ AMBROSINI, *Il diritto della crisi d'impresa nella legge n. 132 del 2015 e nelle prospettive della riforma*, pag. 36, in *Crisi d'impresa e fallimento*, da Ilcaso.it.

*pubblicitarie*²⁵⁶. Fondamentale poi, per i soggetti interessati a prendere parte alla competizione sarà l'interazione con il commissario giudiziale, anche se le attività competitive si svolgeranno comunque davanti al giudice delegato.

Innanzitutto, bisogna cercare di capire quali possano essere i poteri di cui dispone il tribunale e in che modo il decreto che apre la procedura competitiva possa incidere sull'offerta originaria già presentata. Il tribunale, secondo una prima possibilità, dovrebbe indicare gli elementi principali a cui sarà data precedenza nella valutazione, ad esempio il mantenimento dell'occupazione o la ristrutturazione industriale. Non dovrebbe invece modificare le clausole e gli elementi dell'offerta iniziale, restando invariate quelle in essa indicate e inserite nel piano del debitore. Questa interpretazione avrebbe il pregio di limitare maggiormente gli sconfinamenti del tribunale in attività che sono del tutto estranee alle sue funzioni e per le quali potrebbe non essere sufficientemente competente o comunque non disporre di adeguate informazioni.

In realtà, la soluzione preferibile sembra essere un'altra²⁵⁷, in quanto comunque, nel testo della disposizione, si dice chiaramente che se il debitore vuole che l'offerta di cui al primo comma divenga irrevocabile, questa deve essere modificata in conformità a quanto previsto dal decreto che apre la gara. La formulazione della disposizione *“lascia chiaramente intendere che il tribunale, lungi dal mantenere un ruolo esterno alla vicenda negoziale sottesa, possa e debba indicare direttamente le clausole e i contenuti cui le offerte devono conformarsi per essere tra loro comparabili, al fine di precisare gli elementi utili per dar luogo alla comparabilità delle offerte”*²⁵⁸.

La comparabilità riguarderebbe solo le offerte presentate nel corso della procedura competitiva e servirebbe ad assicurarne il funzionamento e l'efficacia, ma non riguarderebbe invece l'offerta originaria. Il tribunale finisce, dunque, per assumere un ruolo rilevante nella gestione della procedura. I suoi poteri, in base a quanto indicato dall'art. 163 bis, paiono essere molto forti, soprattutto nel stabile le modalità e i tempi della gara tanto che il piano redatto dal debitore *“non può costituire un limite rigido ai poteri del giudice”*²⁵⁹. Questo piano prima di venir approvato sarebbe, infatti, solo un progetto provvisorio.

Un dubbio invece ci può essere per quanto riguarda l'offerta originaria e se questa possa essere sottoposta nella sua formulazione a delle condizioni. La più comune condizione sospensiva è quella che prevede che l'offerta divenga definitiva solo dopo il giudizio di omologa, ma ce ne sono anche

²⁵⁶ LAMANNA, *Speciale Decreto “contendibilità e soluzioni” n.83/2015: concordato preventivo – “proposte/piani” ed “offerte” concorrenti*, in Ifallimentarista.it

²⁵⁷ LA MALFA, *Le offerte concorrenti*, pagg. 9-10, disponibile in www.osservatorio-oci.org.

²⁵⁸ LA MALFA, *Le offerte concorrenti*, pagg. 9-10, disponibile in www.osservatorio-oci.org.

²⁵⁹ GALLETTI, *I rilevanti poteri del giudice nella disciplina delle offerte concorrenti*, in Ifallimentarista.it

delle altre (ad esempio il trasferimento assieme al complesso aziendale di un numero massimo di dipendenti). Mentre le offerte presentate nel corso della procedura competitiva devono essere irrevocabili (altrimenti sono da considerarsi inefficaci), quella originaria può contenere condizioni, ma per divenire irrevocabile deve essere modificata in conformità a quanto previsto dal decreto. La norma è stata prevista per impedire che le offerte presentate possano poi essere ritirate durante la competizione, ma ciò potrebbe disincentivare i potenziali interessati e favorire l'offerente originario²⁶⁰. Alcune pronunce della giurisprudenza²⁶¹ impongono, proprio per questa ragione, l'irrevocabilità anche per l'offerta originaria che apre la gara.

Sempre con l'intento di eliminare le problematiche dovute a una possibile revoca delle offerte e per evitare di instaurare procedure competitive "frivole"²⁶², il Tribunale di Modena ha ritenuto che non si possano presentare offerte per persona da nominare²⁶³. Si dovrebbero, dunque, indicare nell'offerta le generalità del soggetto offerente e quelle non conformi a tale indicazione sono da considerare inefficaci e come non pervenute. La procedura competitiva per potersi sviluppare, comporta comunque dei costi che è conveniente sostenere solo in presenza di un serio impegno da parte del mercato.

Resta però da capire fin dove il tribunale si possa spingere nella modifica delle condizioni dell'offerta originaria. Uno stravolgimento, da cui derivi una modifica radicale, non è possibile. Il piano originario di concordato non può, infatti, essere stravolto nella sua struttura. Nella Relazione al decreto²⁶⁴ si dice infatti che attraverso il nuovo istituto "si è ritenuto di assicurare che la presentazione di offerte concorrenti sull'azienda, su uno o più rami d'azienda o su specifici beni non costituisca ostacolo al complessivo progetto di superamento in via concordataria della crisi predisposto dall'imprenditore in difficoltà". Nel contesto così descritto "l'offerta migliorativa avrebbe soltanto l'effetto, nel quadro del medesimo piano, di aumentare il valore di realizzo del bene per cui il piano originario prevedeva la cessione".

La situazione si complica ulteriormente nel caso in cui si proceda alla vendita dell'azienda stessa. Il perimetro aziendale, oggetto di cessione può, a seconda dei casi, essere definito in maniera diversa. Ad esempio quando il tribunale consideri che la vendita in un unico blocco (comprensivo di beni che in precedenza non erano stati inseriti) possa garantire una migliore soddisfazione ai creditori. In

²⁶⁰ In questo senso CECCHINI, *Qualche spunto sulle offerte concorrenti*, pag. 5, in Ilcaso.it, secondo il quale "l'impossibilità di porre condizioni nelle offerte concorrenti può porre fuori gioco molti contendenti, così avvantaggiando l'offerente originario".

²⁶¹ TRIBUNALE DI MODENA, 19 aprile 2016, in Ilcaso.it

²⁶² CECCHINI, *Qualche spunto sulle offerte concorrenti*, pagg. 3-4, in Ilcaso.it.

²⁶³ Si è espresso nello stesso modo anche il TRIBUNALE DI FORLÌ, 3 febbraio 2016, in Ilcaso.it.

²⁶⁴ Questo documento risulta consultabile sul sito del Ministero della giustizia al seguente link, https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_2_1.page;jsessionid=dr6hj3-GBXRiTp2dvByLD9cD?contentId=SAN1168062&previousPage=mg_1_2_1

ogni caso, sarebbe opportuno per il tribunale definire accuratamente il complesso aziendale che si intende cedere con il decreto che dispone l'apertura della procedura competitiva²⁶⁵. La chiarezza è infatti un elemento indispensabile che favorisce la partecipazione di terzi e di conseguenza l'aumento del prezzo finale.

Il tribunale dunque non può semplicemente indicare i parametri di comparazione delle offerte, ma deve invece specificare le clausole alle quali gli offerenti interessati devono conformarsi, a pena di inefficacia²⁶⁶. L'organo giudiziario, nel decreto che predispose la competizione, deve seguire le indicazioni e i limiti prescritti dal legislatore. Gli elementi da indicare puntualmente nel decreto sono molti e ampliano notevolmente gli spazi di manovra del tribunale.

Questo provvedimento, proprio per tutti gli elementi che deve contenere, è piuttosto complesso. I vari punti, articolatamente e dettagliatamente elencanti dal legislatore sono i seguenti:

- la data dell'udienza per l'esame delle offerte,
- i requisiti di partecipazione degli offerenti;
- le garanzie che questi devono presentare per poter prendere parte alla gara;
- le modalità di svolgimento della procedura;
- i tempi e i modi di accesso alle informazioni rilevanti e gli eventuali limiti all'utilizzo di questi dati;
- le forme di pubblicità;
- l'aumento minimo delle offerte;

Si finisce per realizzare in questo modo una "sub procedura"²⁶⁷ all'interno di quella concordataria, che si deve svolgere secondo quanto stabilito nel decreto del tribunale. Con così tanti elementi da prendere in considerazione, le offerte finiranno per essere molto standardizzate tra loro. Una volta definiti tutti gli elementi, si può aprire la competizione vera e propria che verterà, secondo parte della dottrina, essenzialmente sul prezzo²⁶⁸. Per cercare di evitare tale situazione, sarebbe utile che il tribunale stabilisca fin dall'inizio gli elementi per la valutazione delle offerte, ad esempio assegnando un punteggio per ogni elemento dell'offerta diverso dal prezzo²⁶⁹. E' chiaro però, che maggiori sono le differenze tra le varie offerte, più è difficile per il tribunale poter decretare un

²⁶⁵ CECCHINI, *Qualche spunto sulle offerte concorrenti*, pag. 8, in Ilcaso.it.

²⁶⁶ LA MALFA, *Le offerte concorrenti*, pag. 10, disponibile in www.osservatorio-oci.org.

²⁶⁷ LA MALFA, *Le offerte concorrenti*, pag. 9, disponibile in www.osservatorio-oci.org.

²⁶⁸ SAVIOLI, *Concorrenza nel mercato e per il mercato delle crisi d'impresa impresa. Le innovazioni del D.L. 83/2015 per la procedura di concordato preventivo*, pagg. 8, in Ilcaso.it.

²⁶⁹ GREGGIO e VIDAL, *Un primo interessante caso di applicazione della novella di cui all'art. 163 bis l.f. nota a decreto del Tribunale di Padova (16 ottobre 2015)*, pagg. 11-12, in Fallimenti e società.it.

vincitore. La valutazione deve tener presente una molteplicità di elementi e potrebbe diventare eccessivamente complessa.

Il tribunale per facilitare il più possibile la competizione dovrebbe cercare di stabilire i rilanci minimi in misura piuttosto bassa, così da permettere a chiunque sia interessato di poter prendere parte, agevolando in questo modo la competizione. È opportuno che per quanto esiguo, questo aumento riesca comunque a coprire i costi previsti dalla gara (pubblicità, trascrizioni)²⁷⁰. In questo modo il tribunale cerca di interferire il meno possibile sull'autonomia negoziale delle parti²⁷¹. Il prezzo che si raggiunge all'esito finale della gara dovrà essere in ogni caso maggiore rispetto a quello previsto dall'offerta originaria²⁷².

Per quanto riguarda le garanzie da prestare, si ritiene che il tribunale sia libero di chiedere quelle che più ritiene indicate, senza essere condizionato da quelle originariamente previste. Anche in questo caso, affinché l'offerta possa diventare irrevocabile, questa dovrà rispettare le condizioni previste dal decreto e dunque anche le garanzie richieste.

Un'altra novità contenuta nel decreto alla quale è necessario prestare attenzione, riguarda la pubblicità della procedura competitiva. L'obbligo di pubblicità è molto simile a quello già previsto dall'art. 107 l.fall. In entrambi i casi la pubblicità deve essere realizzata con l'intento di aumentare le informazioni e la partecipazione dei soggetti interessati. Deve essere effettuata sul portale delle vendite pubbliche ai sensi dell'art. 490 c.p.c. Nelle offerte concorrenti, questa pubblicità non deve però essere pubblicata almeno 30 giorni prima rispetto a quello di vendita (obbligo presente invece nell'art. 107 l.fall.). Ciò si può ben spiegare con la maggiore esigenza di elasticità, agilità e rapidità²⁷³ di cui le offerte concorrenti hanno bisogno rispetto alle altre procedure competitive, soprattutto se la competizione ha luogo all'inizio del concordato preventivo o ancor prima nella fase di concordato in bianco. La pubblicità può essere realizzata anche tramite altre modalità quali ad esempio la pubblicazione su quotidiani o portali internet. I beni che sono oggetto della procedura competitiva hanno spesso natura complessa e possono essere costituiti da più elementi. Per poter realizzare la vendita nel migliore dei modi, ci dovrà essere in precedenza un'attenta attività preparatoria²⁷⁴.

Un elemento fondamentale per consentire ai terzi di presentare offerte concorrenti è proprio quello che riguarda le informazioni. Naturalmente le informazioni sull'impresa non sono necessarie solo

²⁷⁰ CECCHINI, *Qualche spunto sulle offerte concorrenti*, pag. 3, in Ilcaso.it.

²⁷¹ TRIBUNALE DI BOLZANO, 17 maggio 2016, in Ilcaso.it.

²⁷² TRIBUNALE DI MODENA, 19 aprile 2016, in Ilcaso.it

²⁷³ TRIBUNALE DI BOLZANO, 17 maggio 2016, in Ilcaso.it.

²⁷⁴ GREGGIO e VIDAL, *Un primo interessante caso di applicazione della novella di cui all'art. 163 bis l.f. nota a decreto del Tribunale di Padova (16 ottobre 2015)*, pag. 12, in Fallimenti e società.it.

per la presentazione di offerte concorrenti, ma risultano utilissime anche per coloro che sono interessati a presentare una proposta di concordato ex art. 163 l.fall., in quanto senza di esse sarebbe molto difficile far funzionare qualsiasi meccanismo concorrenziale.

Con informazioni scarse o parziali è possibile che molti si asterranno dal prendere l'iniziativa, in quanto i valori in gioco sono molto elevati e i rischi che si corrono diventano eccessivi. Anche nel caso in cui il terzo optasse comunque per la presentazione di un'offerta, questa non potrebbe che essere contraddistinta da una grande prudenza. Le informazioni aziendali devono essere disponibili per tutti gli interessati, ma andranno maneggiate con cura in quanto si tratta pur sempre di dati riservati e delicati.

Il problema più evidente, per dirla in termini economici, è rappresentato dalla *“fortissima asimmetria informativa”*²⁷⁵ tra i soggetti coinvolti nella procedura. Il debitore gode infatti di una posizione privilegiata rispetto a tutti gli altri. È interno all'impresa e può avere informazioni di prima mano, che sono precluse a tutti gli altri soggetti. Il commissario giudiziale assume un ruolo molto importante nella procedura, dovendo garantire a tutti gli interessati l'accesso alle informazioni indispensabili per la presentazione di offerte concorrenti. Naturalmente anche il commissario è una figura esterna all'impresa e per poter fornire le informazioni a coloro che sono interessati, deve a sua volta essere informato il prima possibile una volta aperta la procedura. L'unico che può garantire queste informazioni è, però, il debitore stesso.

A tal proposito, il legislatore ha introdotto all'interno dell'art. 163 l.fall. comma 2, il nuovo numero 4 bis. Il debitore, una volta ammesso al concordato, ha ora l'obbligo “di consegnare al commissario giudiziale ... copia informatica o su supporto analogico delle scritture contabili e fiscali obbligatorie”. I termini sono molto stringenti in quanto queste operazioni si devono compiere entro 7 giorni dal decreto di apertura del concordato preventivo. L'insieme di questi documenti suddivisi per i diversi anni è piuttosto consistente.

Con queste informazioni è possibile avere una prima impressione sull'impresa, ma questa visione non può che essere superficiale. Non si riesce in sostanza ad avere a disposizione quelle informazioni più approfondite, necessarie per poter presentare una congrua offerta. Quello di cui ci sarebbe bisogno sono dati statistici, oltre alla contabilità analitica ed industriale (gli ordini di portafoglio, marginalità per cliente, difettosità per cliente, valore dei costi fissi, costo unitario diretto di produzione).

²⁷⁵ SAVIOLI, *Concorrenza nel mercato e per il mercato delle crisi d'impresa impresa. Le innovazioni del D.L. 83/2015 per la procedura di concordato preventivo*, pag. 4, in Ilcaso.it.

Per ovviare a queste problematiche, il legislatore è intervenuto con lo stesso Decreto Legge 83/2015, che ha aggiunto il comma 3 all'art. 165 l.fall. Oltre infatti alle scritture contabili e fiscali, dati importanti ma comunque parziali, è possibile fare richiesta al commissario giudiziale di altre informazioni indispensabili per il buon esito della procedura competitiva²⁷⁶. Una volta che il commissario avrà valutato la congruità della richiesta, sarà possibile fornire agli interessati le informazioni di cui hanno bisogno. Il commissario dovrà compiere un'attenta valutazione con riferimento, sia all'oggetto della richiesta, sia a quelle che sono le condizioni dell'impresa stessa (dimensioni, composizione societaria, patrimonio).

Dall'altra parte però, queste informazioni sono estremamente delicate e sensibili per il mercato e una loro divulgazione generalizzata potrebbe portare forse più svantaggi che vantaggi. Bisogna, dunque, prestare particolare attenzione alla loro diffusione verso i soggetti esterni. Con questo nuovo comma, si è cercato di preservare comunque l'esigenza di riservatezza dei dati ottenuti anche per i rischi di abuso che possono derivare dalla diffusione indiscriminata di queste informazioni. Sebbene indispensabili per lo svolgimento della procedura competitiva, questi dati rappresentano allo stesso tempo *“un elemento strategico sulla base del quale si rafforzano o si indeboliscono posizioni di mercato”*²⁷⁷. In questa situazione, il trade off tra l'esigenza di riservatezza dei dati per la conservazione del valore dell'impresa e la necessità di informazioni per la presentazione di offerte è molto elevato²⁷⁸.

L'autorizzazione serve proprio per cercare di impedire l'effetto collaterale della diffusione di informazioni riservate a offerenti interessati solo a carpire i principali dati e segreti aziendali. Questa categoria molto spesso è costituita dai competitors dell'impresa in crisi, che nell'ipotesi peggiore potrebbero essere interessati soprattutto a individuare i suoi punti di forza (clienti, fornitori più importanti, prezzi, margini, politiche aziendali) con il rischio poi, che si finisca per aggravare ulteriormente la situazione, o ancor peggio porre fuori mercato l'impresa stessa, danneggiando oltremodo i creditori concorsuali. Il commissario dovrà dunque valutare le richieste con molta attenzione cercando di evitare possibili comportamenti opportunistici da coloro che si presentano come potenziali soggetti interessati alla procedura competitiva.

²⁷⁶ La possibilità di richiedere informazioni sull'impresa al commissario giudiziale, prevista le proposte concorrenti, si applica anche alla disciplina delle offerte concorrenti in forza del richiamo effettuato nel successivo comma 4 dell'art. 165 l.fall.

²⁷⁷ 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*, pag. 6, in Ilcaso.it.

²⁷⁸ 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*, pag. 6, in Ilcaso.it.

Una possibile soluzione può essere quella di far sottoscrivere ai soggetti interessati un accordo di riservatezza. Questa scelta non può essere del tutto risolutiva perché comporta comunque il permanere di alcune problematiche²⁷⁹. È piuttosto efficace se l'offerente opera in un settore diverso rispetto a quello dell'impresa in crisi. È molto meno utile per i soggetti che operano nello stesso settore o anche in quelli affini. Ma d'altra parte se si vuole consentire alla concorrenza di poter dispiegare pienamente i suoi effetti e avere una procedura competitiva trasparente, è necessario accettare qualche compromesso.

Un altro elemento che deve essere contenuto nel decreto e che il tribunale deve dunque prendere in considerazione riguarda i requisiti dei soggetti potenzialmente interessati. Si vuole cercare, anche in questo caso, di limitare tutti quegli elementi che potrebbero frenare la concorrenza. Sembra essere possibile per il tribunale, nel decreto di apertura, escludere dalla partecipazione alla procedura competitiva tutti quei soggetti che non rispettino i requisiti di indipendenza e di terzietà²⁸⁰.

La cessione dell'azienda che si realizza tramite l'art. 163 bis l.fall., rappresenta una procedura speciale che si realizza all'interno del concordato preventivo attraverso la quale è possibile derogare alle normali regole previste nei casi di trasferimento aziendale. L'acquirente di un'azienda in concordato non è responsabile per i debiti che questa ha contratto prima della cessione²⁸¹, anche se tale cessione si realizza prima dell'omologazione del concordato (art. 105 comma 4 l.fall., richiamato dall'art. 182 comma 5).

²⁷⁹ Per GREGGIO e VIDAL, *Un primo interessante caso di applicazione della novella di cui all'art. 163 bis l.f. nota a decreto del Tribunale di Padova (16 ottobre 2015)*, pagg. 12-13, in Fallimenti e Società.it, questi accordi stante la loro efficacia meramente obbligatoria hanno un limitato effetto "dissuasorio".

²⁸⁰ BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pag. 96, in Fallimenti e Società.it, da Ilcaso.it.

²⁸¹ CECCHINI, *Qualche spunto sulle offerte concorrenti*, pag. 7, in Ilcaso.it. Il comma 5 dell'art. 182 l.fall. richiama espressamente l'art. 105. Secondo il comma 4 di questo articolo "salva diversa convezione, è esclusa la responsabilità dell'acquirente per i debiti relativi all'esercizio delle aziende cedute, sorti prima del trasferimento".

3.4 L'attuazione dell'offerta

Secondo quanto disposto dall'comma 3 dell'art. 163 bis l.fall., per poter arrivare all'attuazione dell'offerta nel caso in cui ne siano pervenute due o più, il giudice deve aprire una gara tra le varie offerte pervenute per individuare quella vincente. Anche in questa situazione il giudice esercita un notevole potere. È a lui che spetta la valutazione delle offerte, in particolare se queste possano effettivamente considerarsi migliorative.

Non sono previste dettagliatamente le regole per giungere all'aggiudicazione, ma *“il riferimento all'udienza per l'esame delle offerte lascia intendere chiaramente che le attività competitive devono essere svolte davanti al giudice”*²⁸². La norma prevede che le offerte siano rese pubbliche all'udienza fissata per l'esame delle stesse e pare dunque escludere che *“la gara possa essere tenuta dal commissario o da un professionista delegato”*²⁸³.

Tuttavia sarebbe comunque conveniente per l'organo giudiziario avvalersi dell'aiuto e della collaborazione del commissario nello svolgimento della procedura competitiva, in modo tale che il professionista possa fare da tramite e garantire tutte le informazioni necessarie di cui gli offerenti hanno bisogno. A maggior ragione si deve escludere la ricerca di potenziali soggetti interessati da parte dello stesso debitore in concordato per il suo evidente conflitto d'interessi.

La limitazione dell'autonomia negoziale tra le parti è notevole²⁸⁴ e si rende quindi necessario l'intervento del giudice proprio per dare una maggiore garanzia al debitore²⁸⁵. Durante questa udienza, che dovrà essere pubblica per ragioni di trasparenza, saranno aperte le offerte pervenute in forma segreta. Potranno partecipare tutti coloro che sono interessati, ma si potrà ugualmente procedere anche nel caso in cui i soggetti che hanno presentato le offerte non siano presenti.

Si possono verificare diversi casi. Se viene presentata una sola offerta, il giudice deve stabilire se questa possa essere considerata migliorativa. Se la ritiene idonea a garantire una maggiore soddisfazione ai creditori, costituirà la base della proposta concordataria. Se invece tale offerta non

²⁸² LA MALFA, *Le offerte concorrenti*, pagg. 9-10, disponibile in www.osservatorio-oci.org.

²⁸³ CECCHINI, *Qualche spunto sulle offerte concorrenti*, pag. 6, in Ilcaso.it.

²⁸⁴ LA MALFA, *Le offerte concorrenti*, pag. 9, disponibile in www.osservatorio-oci.org.

²⁸⁵ Tribunale di Bolzano, 17 maggio 2016, in Ilcaso.it.

si può considerare migliorativa, si proseguirà nella procedura con quella originaria. Nel caso in cui siano presentate più offerte, la gara potrà avvenire solo tra quelle considerate migliorative²⁸⁶.

Nel caso dunque ci siano due o più offerte migliorative, secondo quanto prescritto dall'art. 163 bis l.fall., la gara può avvenire già durante l'udienza stessa (anche se può comunque svolgersi in fase successiva). Di tale udienza è necessario poi che venga redatto un apposito verbale d'asta. Tuttavia non è questo documento che può produrre gli effetti traslativi. Ciò avviene, sempre e comunque previa autorizzazione del giudice, con il decreto di trasferimento o con l'atto notarile. Ci può essere dunque una sfasatura, seppur breve, tra il momento della scelta dell'offerta vincente e la cessione del bene o dell'impresa.

Una volta che il soggetto interessato ha superato tutti gli altri partecipanti alla gara, la sua offerta deve essere posta a fondamento del concordato e del piano su cui, poi, si dovranno esprimere i creditori attraverso la votazione. E' indispensabile, dunque, che la gara si svolga precedentemente all'adunanza dei creditori, ma sarà soltanto dopo l'approvazione e l'omologa del tribunale che si potrà dare esecuzione all'offerta vincente.

L'aggiudicazione rappresenta il momento finale della procedura competitiva necessaria per la selezione dell'offerta migliore. Ciò comporta importanti ricadute sul piano originario del debitore, che dovrà *“adeguare la sua proposta, indipendentemente dalla sua esecuzione”*²⁸⁷. Tuttavia nel caso in cui l'offerta migliorativa non venga approvata o comunque omologata dal tribunale, non si potrà tornare indietro per “recuperare” quella originaria. Su questa i creditori non potranno più esprimersi.

Nel momento in cui avviene l'aggiudicazione del bene, il soggetto che aveva fatto l'offerta originaria potrà liberarsi dal vincolo che aveva in precedenza assunto. Questa situazione fa riferimento al caso in cui abbia avuto luogo una procedura competitiva. Sarà in ogni caso liberato anche quando tale gara non si sia svolta, in quanto è stata presentata una sola offerta migliorativa. Vengono meno quelle obbligazioni “eventualmente assunte nei confronti del debitore” (secondo quanto previsto dall'art. 163 bis comma 3 l.fall.). Oltre a tutto ciò e sebbene non sia espressamente previsto, si deve comunque considerare liberato anche colui che ha presentato l'offerta originaria, inserita nella domanda di concordato chiuso.

A tutti coloro che hanno partecipato alla gara, ma non sono risultati vincitori, spetta comunque, il diritto al rimborso delle spese e dei costi sostenuti per la presentazione di offerte. È previsto però un limite massimo per questo indennizzo, che non potrà andare oltre al tre per cento del prezzo

²⁸⁶ BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pagg. 98-9, in Fallimenti e Società.it, da Ilcaso.it.

²⁸⁷ BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pag. 103, in Fallimenti e Società.it, da Ilcaso.it.

proposto nell'offerta. Questo limite non superabile è stato stabilito per cercare di limitare l'accrescimento ingiustificato dei costi, ad esempio per le consulenze dei professionisti, che rimangono comunque a carico della procedura.

Appare condivisibile inoltre, la scelta di stabilire un tetto in proporzione al prezzo, perché così si riesce a graduare il rimborso in base alla tipologia e al valore del bene da porre in asta. In sostanza si riconosce un indennizzo nel caso in cui la trattativa per aggiudicarsi il bene, oggetto della procedura competitiva, non vada a buon fine.

Questa scelta legislativa contenuta nell'art. 163 bis comma 3 l.fall, può essere spiegata, in base a quanto indicato nella Relazione accompagnatoria alla legge²⁸⁸, con l'obiettivo di "evitare il rischio che la procedura competitiva disincentivi i terzi rispetto alla presentazione di proposte di acquisto durante la fase iniziale del processo di risoluzione concordataria della crisi".

Si continua affermando, poi, che senza un rimborso di questo tipo "i potenziali acquirenti più difficilmente investirebbero tempo e risorse nella definizione dell'operazione di cessione degli assets dell'impresa in crisi". Sembra comunque essere possibile un'eventuale rinuncia al rimborso da parte del terzo interessato, già ad esempio nel momento in cui presenti la propria offerta.

Più difficile da capire però sono le modalità che è necessario seguire per giungere alla determinazione di tale rimborso. Innanzitutto, bisogna dire che il compito di disporre questo indennizzo è stato assegnato al commissario giudiziale. La parola "disporre" sembrerebbe andare intesa nel senso che il commissario, oltre che a quantificare tale importo, debba poi anche occuparsi del suo pagamento. Il commissario, però, durante lo sviluppo della procedura svolge soprattutto funzioni di vigilanza e di controllo. In questo caso gli viene chiesto di assumere un ruolo più attivo di gestione, che non gli apparterebbe²⁸⁹.

Non sono poi neanche specificati i tempi che è necessario rispettare. Comunque per poter procedere al rimborso è indispensabile conoscere il vincitore della gara. Potrà dunque avvenire solo a seguito della conclusione della procedura competitiva.

²⁸⁸ Questo documento risulta consultabile sul sito del Ministero della giustizia al seguente link, https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_2_1.page;jsessionid=dr6hj3-GBXRiTp2dvByLD9cD?contentId=SAN1168062&previousPage=mg_1_2_1

²⁸⁹ BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pag. 104, in Fallimenti e Società.it, da Ilcaso.it.

CONCLUSIONI

Le modifiche del D.L. 83/2015 hanno determinato un profondo cambiamento della procedura concordataria, anche tramite l'introduzione di due nuovi istituti: le proposte e le offerte concorrenti. Tutto ciò fa parte di un ampio progetto volto a favorire la competitività e la concorrenza nel concordato preventivo, anche per cercare di porre rimedio ai frequenti abusi che si erano verificati negli anni precedenti²⁹⁰. L'interlocuzione con il mercato diviene infatti un elemento importante nel nostro ordinamento concorsuale e rappresenta uno dei pilastri della riforma del 2015.

I creditori, secondo le intenzioni del legislatore, dovrebbero assumere un ruolo più attivo e avere un peso maggiore nel corso della procedura. In questo modo si cerca di migliorare la soddisfazione che questi possono ottenere dal concordato. Il legislatore vuole aprire una competizione sulle imprese in crisi o già insolventi, anche per indurre il debitore ad anticipare il deposito della domanda di concordato. Queste procedure competitive, però, sono molto formalizzate e si conformano, in nome della trasparenza, su modelli poco snelli e rapidi²⁹¹ e ciò potrebbe finire per limitarne il loro utilizzo.

I due istituti influiscono in maniera piuttosto rilevante sullo svolgimento del concordato anche se operano in situazioni diverse. L'obiettivo delle offerte concorrenti non è quello di cambiare la strategia della procedura, ma di massimizzare il valore di realizzo su un singolo elemento dell'azienda²⁹². Attraverso le proposte concorrenti è possibile invece discostarsi dall'originario piano del debitore e proporre delle differenti modalità di risoluzione della crisi d'impresa, ad esempio per passare da un concordato di tipo liquidatorio a uno in continuità (ma è possibile anche il caso contrario).

Per quanto riguarda il loro utilizzo, ha molto colpito l'automaticità del meccanismo competitivo delle offerte concorrenti *“per cui è facile profetizzare un futuro amplissimo ricorso”* da parte dei tribunali italiani²⁹³. Sulla base di alcuni casi virtuosi che si sono verificati e che hanno visto la

²⁹⁰ Critico sul punto appare RIMATO, *Le proposte concorrenti quali nuovi strumenti per la risoluzione della crisi*, pag. 19, in Fallimenti e società.it, secondo il quale la presenza del terzo da sola non restituisce efficienza al sistema e non lo rende competitivo.

²⁹¹ FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, pag. 15, in Crisi d'Impresa e Fallimento, da Ilcaso.it.

²⁹² SAVIOLI, *Concorrenza nel mercato e per il mercato delle crisi d'impresa impresa. Le innovazioni del D.L. 83/2015 per la procedura di concordato preventivo*, pag. 3, in Ilcaso.it.

²⁹³ GREGGIO e VIDAL, *Un primo interessante caso di applicazione della novella di cui all'art. 163 bis L.F. nota a Decreto del Tribunale di Padova (16 ottobre 2015)*, pag. 5, in Fallimenti e Società.it.

presenza di soggetti esterni disponibili a erogare maggiori somme ai creditori, il legislatore ha deciso di introdurre l'istituto delle offerte concorrenti²⁹⁴. L'estensione di tale norma sarebbe stata, però, troppo ampia considerato soprattutto che buona parte del tessuto imprenditoriale nel nostro Paese è costituito da piccole e medie imprese che il più delle volte non dispongono di assets così rilevanti.

Le proposte concorrenti invece non sembrano far presagire, almeno dai commenti della dottrina²⁹⁵, un loro largo utilizzo in quanto richiedono un forte impiego di tempo e di risorse da parte dei creditori e dei terzi potenzialmente interessati. Pur essendo infatti un istituto molto interessante sulla carta, presenta qualche incertezza sul piano applicativo e che potrebbe anche essere potenzialmente disincentivante nell'approccio al concordato preventivo.

La procedura concordataria, a seguito delle modifiche del D.L. 83/2015, è divenuta meno favorevole per il debitore. Le proposte e le offerte concorrenti hanno l'obiettivo di proteggere maggiormente i creditori, anche se allo stesso tempo potrebbero rendere meno conveniente il concordato preventivo, determinando di conseguenza un aumento dei fallimenti.

L'apertura alla concorrenza rappresenta un'importante novità, ritenuta necessaria da più parti. Le proposte e le offerte concorrenti, pur con alcuni limiti, costituiscono certamente due importanti strumenti potenzialmente in grado di aumentare la soddisfazione dei creditori, da tenere in forte considerazione anche alla luce dei lavori della Commissione Rordorf e del complessivo progetto di riforma organica delle procedure concorsuali.

²⁹⁴ Critico è FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, pag. 14, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, da Ilcaso.it. secondo il quale "in tanti casi il sondaggio del mercato si rivelerà, solo una perdita di tempo".

²⁹⁵ ROSSI, *Il contenuto delle proposte concorrenti nel concordato preventivo*, pagg. 22-23, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, da Ilcaso.it. Nello stesso verso si sono espressi anche GREGGIO e VIDAL, *Un primo interessante caso di applicazione della novella di cui all'art. 163 bis L.F nota a Decreto del Tribunale di Padova (16 ottobre 2015)*, pag. 5, in *Fallimenti e Società.it*.

BIBLIOGRAFIA

- BOZZA, 2015, Brevi considerazioni su alcune novità dell'ultima riforma, in *Fallimenti e società.it*
- BOZZA, 2015, Le proposte e le offerte concorrenti, in *Fallimenti e società.it*
- GREGGIO e VIDAL, 2015, Un promo interessante caso di applicazione della novella di cui all'art 163 bis L.F. nota a decreto del Tribunale di Padova (16 ottobre 2016), in *Fallimenti e società.it*
- RIMATO, 2016, Proposte concorrenti e mercati delle proposte nel nuovo concordato preventivo, in *Fallimenti e società.it*
- RIMATO, 2016, Le proposte concorrenti quali nuovi strumenti per la soluzione della crisi, in *Fallimenti e società.it*
- PEDOJA, La fase esecutiva del piano concordatario alla luce della riforma legislativa D.L. 83/2015, in *Fallimenti e società.it*.
- GUIDOTTI, 2015, Misure urgenti in materia fallimentare (d.l. 27 giugno 2015, n. 83): le modifiche alla disciplina del fallimento e le disposizioni dettate in tema di proposte concorrenti, in *Il caso.it*
- VAROTTI, 2015, Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare, in *Il caso.it*
- FABIANI, 2015, L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*
- SAVIOLI, 2015, Concorrenze nel mercato e per il mercato delle crisi di impresa. Le innovazioni del D.L. 83/2015 per la procedura di concordato preventivo, in *Il caso.it*
- ZANICHELLI, 2015, Il ritorno della ragione o la ragione di un ritorno?, in *Crisi d'impresa e fallimento*
- SABATELLI, 2015, Appunti veloci sul concordato preventivo dopo la legge di conversione del D.L. 83/2015, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*
- ROSSI, 2015, Il contenuto delle proposte concorrenti nel concordato preventivo (prime riflessioni), in *Crisi d'Impresa e Fallimento*
- AMBROSINI, 2015, La disciplina della domanda di concordato preventivo nella "miniriforma" del 2015, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*.
- AMBROSINI, 2015, Il diritto della crisi d'impresa nella legge n. 132 del 2015 e nelle prospettive di riforma, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*

VELLA, 2016, Contendibilità dell'azienda in crisi. Dal concordato in continuità alla proposta alternativa del terzo, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*

VELLA, 2015, Il sistema concorsuale ieri, oggi, domani (brevi note di fine anno), in *Crisi d'Impresa e Fallimento*

NEGRO, 2016, Proposte concorrenti rinuncia alla domanda e revoca della proposta nel concordato preventivo, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*

BELTRAMI, 2016, Le recenti (ulteriori) modifiche al concordato preventivo dell'estate 2015, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*

PEZZANO e RATTI, 2016, Il complesso processo (formativo ed attuativo) delle proposte concorrenti, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*

PAGANI, 2016, Rassegna di giurisprudenza (e spunti di dottrina) sul concordato preventivo in seguito al D.L. 83/2015, in *Ilcaso.it*

CECCHINI, 2016, Qualche spunto sulle offerte concorrenti, in *Ilcaso.it*

PAGNI, 2016 I modelli processuali nella riforma delle procedure concorsuali, in *Ilcaso.it*

LAMANNA, Speciale Decreto "Contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: concordato preventivo - "Proposte/piani" ed "offerte" concorrenti, in *Ilfallimentarista.it*.

FAROLFI, 2015, Speciale Decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015 - Concordato preventivo: le novità di agosto, in *Ilfallimentarista.it*.

LAMANNA, 2015, La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un primo commento, in *Ilfallimentarista.it*

LAMANNA, 2015, Nuove proposte concorrenti: è configurabile un concordato con continuità aziendale del creditore competitor?, in *Ilfallimentarista.it*

LAMANNA, 2016, Osservazioni sul DDL delega della Commissione Rordorf, in *Ilfallimentarista.it*

CAIFA, 2016,, Trattative sindacali nella cessione d'azienda nel caso di proposte e offerte concorrenti, in *Ilfallimentarista.it*

La redazione, 2016, Concordato misto: contenuto dell'attestazione e offerte concorrenti, in *Ilfallimentarista.it*

LICCARDO, 2016, Il caso e la legge: l'apertura al mercato nell'epoca post-moderna, in *Ilfallimentarista.it*

VITIELLO, 2016, Vendite concorsuali e offerte concorrenti: la fine dell'era delle proposte di concordato chiuse, in *Ilfallimentarista.it*

VITIELLO, 2015, Le proposte concorrenti nel concordato preventivo: le possibili soluzioni alle primissime questioni interpretative, in *Ilfallimentarista.it*

GIORGETTI, Critica alla legge fallimentare riformata: la legittimazione dei terzi a proporre la domanda di concordato preventivo quale ipotesi di soluzione alternativa, in Ilfallimentarista.it

GREGGIO, 2016, Le offerte concorrenti nel nuovo art. 163-bis l. fall.: l'eteronomia prevale sull'autonomia?, in Ilfallimentarista.it

BENVENUTO, 2015, Speciale Decreto “Contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015 – Le modifiche apportate alla procedura di concordato quale espressione dell’ottimismo della volontà, in Ilfallimentarista.it

GALLETTI, 2015, Le proposte concorrenti nel concordato preventivo: il sistema saprà evitare il pericolo di rigetto?, in Ilfallimentarista.it

GALLETTI, 2016, Il difficile rapporto fra l’art 163 bis e l’art. 182 l.fall., in Ilfallimentarista.it

GALLETTI, 2016, Tre esercizi sulle offerte concorrenti nel nuovo concordato preventivo, in Ilfallimentarista.it

GALLETTI, 2016, I rilevanti poteri del giudice nella disciplina delle offerte concorrenti, in Ilfallimentarista.it

D’ATTORRE, Le proposte di concordato preventivo concorrenti, in *Fallimento 2015*.

D’ATTORRE e SANDULLI, 2016, La nuova mini-riforma della legge fallimentare, Collana Le nuove leggi del diritto dell’economia, Giappichelli Editore

GUNELLA, 2016, Offerte concorrenti ex art. 163 bis L.Fall. ed esecuzione del contratto preliminare, in *Il Notariato*, IPSOA

LAMALFA, Le offerte concorrenti, disponibile in www.osservatorio-oci.org

ACCIARO e DANОВI, 23 luglio 2015, Concordato preventivo, cresce il carattere negoziale su offerte e proposte concorrenti, in *Il Sole 24 Ore*

BUSANI e GUIOTTO, 10 febbraio 2016, Concordato più efficiente con più offerte, in *Il Sole 24 Ore*

BUSANI, 21 agosto 2015, Ai creditori la possibilità del concordato “alternativo”, in *Il Sole 24 Ore*

GUERRERA, 2016, pagg. 420-430, La ricapitalizzazione “forzosa” delle società in crisi, in *Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, CEDAM

PISCITELLO, 3/2016, da pag. 301, Il concordato preventivo tra modelli competitivi e ritorno al passato, *Il Corriere Giuridico*, IPSOA

PROVARONI, 39/2015, da pag. 3987, Con la riforma del concordato preventivo più tutele per il ceto creditorio dell’impresa in crisi, in *Corriere Tributario*, IPSOA

BARAZZETTA e BALLANCA, 10/2015, da pag. 31, Misure urgenti e novità in materia di crisi d’impresa, in *Amministrazione & Finanza*, IPSOA

FABIANI, 5/2016, da pag. 569, I nuovi vincoli alla proposta di concordato preventivo visti dal prisma di una “lettura difensiva”, in *Il Fallimento*, IPSOA

SOTGIU, 6/2015, da pag. 1514, Il nuovo concordato preventivo, in Rivista di Diritto Processuale, CEDAM

NONNO, 2015 D.L. Giustizia: le novità in materia fallimentare. La concorrenza nel concordato preventivo: le proposte concorrenti, in il Quotidiano Giuridico, WOLTERS KLUWER

NONNO, 2015, D.L. Giustizia: le novità in materia fallimentare. La concorrenza nel concordato preventivo: offerte competitive e cessioni, in il Quotidiano Giuridico, WOLTERS KLUWER

BONELLI, 11 marzo 2016, Concordato preventivo: offerte concorrenti e processo competitivo, in IPSOA quotidiano

BONELLI, 26 settembre 2015, Offerte concorrenti e processo competitivo: maggior potere ai creditori, in IPSOA quotidiano

BONELLI, 2 luglio 2015, Un nuovo restyling del concordato preventivo, in IPSOA quotidiano

BONELLI, 27 febbraio 2016, Concordato preventivo: tra maggiori vincoli e l'abbandono dell'ipotesi liquidatoria, in IPSOA quotidiano

BONELLI, 12 febbraio 2016, Commissione Rordorf, crisi d'impresa: nel disegno di legge le linee guida della riforma, in IPSOA quotidiano

PATIMO, 28 giugno 2015, Concordato preventivo le nuove norme sono efficaci?, in IPSOA quotidiano

LENOCI, 2010, Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti, Giuffrè Editore

LO CASCIO, 2015, Il concordato preventivo, Giuffrè Editore

SCIUTO, 2014, pagg. 450-483, Il concordato preventivo, in Diritto Commerciale, volume I, (a cura di) CIAN, Giappichelli Editore

GALANTI, 2016, «Misure urgenti» in tema di concordato preventivo, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, fasc.3, da pag. 969

BENAZZO, 2016, Crisi d'impresa, soluzioni concordate e capitale sociale, in Rivista delle Società, fasc.02-03, da pag. 241

JORIO, 2016, La parabola del concordato preventivo: dieci anni di riforme e controriforme, in Giurisprudenza Commerciale, fasc.1, 2016, da pag. 15

TRIBUNALE BI BOLZANO 5 aprile 2016, in Ilcaso.it

TRIBUNALE DI MODENA, 19 aprile 2016, in Ilcaso.it

TRIBUNALE DI RAVENNA, 27 novembre 2015, in Ilcaso.it

TRIBUNALE DI PISTOIA, 29 ottobre 2015, in Ilcaso.it

TRIBUNALE DI BERGAMO SECONDA SEZIONE CIVILE, circolare operativa n. 2/16, http://www.odcec.bg.it/documento/circolare-operativa-n-22016-del-3-marzo-2016-2/attachment/circolare_operativa_2_2016/