

**BREVI CONSIDERAZIONI  
SU ALCUNE NORME DELLA ULTIMA RIFORMA**

di

**Giuseppe Bozza**

*(Presidente del Comitato Scientifico "F&S")*

Il decreto legge n. 83 del 27.6.2015, già denominato in alcuni ambienti decreto “San Cirillo”, che è il santo che si celebra il 27 giugno, ha introdotto numerose novità in svariati settori; solo della legge fallimentare ha modificato 17 articoli e ne ha aggiunti due nuovi. Questo intervento era nell’aria perché da tempo si vociferava della urgente esigenza, avvertita principalmente dal MEF e dal sistema bancario, di far fronte alla crisi dell’impresa con strumenti di più immediata applicazione e di più efficienti risultati, ma è stata una sorpresa l’ampiezza di questa vera e propria riforma, tanto più che da alcuni mesi è all’opera una apposita pletorica Commissione, autorevolmente presieduta dal Pres. Rordorf, incaricata dal Ministero della Giustizia proprio di predisporre un disegno di legge delega per la riforma organica della legge fallimentare.

Non è la prima volta che si creano intrecci del genere e lascio ai commentatori dell’italico costume ogni considerazione, nel mentre, visto che abbiamo un decreto legge già in vigore, preferisco concentrare l’attenzione sul contenuto dello stesso, svolgendo una disamina limitata ad alcune norme soltanto, dato che l’ampiezza dell’intervento legislativo non consente un esame di tutte.

\*\*\*\*\*

### **Art. 28 L.F come modificato da art. 5 d.l. n. 83 del 2015**

La parte più interessante della modifica apportata al precedente testo è quella in cui si dispone che *“Non può altresì essere nominato curatore chi abbia svolto la funzione di commissario giudiziale in relazione a procedura di concordato per il medesimo debitore, nonché chi sia unito in associazione professionale con chi abbia svolto tale funzione”*.

Il divieto di nomina del commissario a curatore risponde all'esigenza di garantire, come si legge nella Relazione accompagnatoria, la terzietà del commissario, necessaria per la buona riuscita della procedura, e l'assoluta indipendenza dello stesso rispetto a scenari procedurali alternativi. Sicuramente, quindi, questa modifica farà venire meno, o comunque attenuerà di molto, il malvezzo dello sconosciuto ricorso alla revoca *ex art.173 l.f.*, che purtroppo esiste, dato che il commissario non avrà più interesse a svolgere le proprie funzioni nella prospettiva di assumere, in caso di successivo fallimento, il ruolo di curatore.

Tuttavia, ancora una volta, per eliminare il pericolo di un fenomeno sgradito, si interviene non sulla norma che genera quel fenomeno ma su aspetti indiretti. Il ricorso eccessivo allo strumento di cui all'art. 173 è dato principalmente dalla genericità dei concetti su cui può essere fondata la revoca (atti di frode) e dalla mancanza di limitazioni temporali (nel corso della procedura). Basterebbe modificare questa norma sottolineando più marcatamente che la frode deve essere scoperta dal commissario e precisando che la revoca può essere chiesta fino alla votazione dei creditori, salvo fatti scoperti successivamente, per ridurre drasticamente l'uso di uno strumento che, così come è oggi, finisce per enfatizzare la persistenza del carattere imperativo dell'art. 173, quale precetto di ordine pubblico economico di protezione prevalente rispetto agli interessi in gioco, che sono quelli dei creditori. Ed, infatti, nella sentenza della Cassazione n. 14552 del 26 giugno 2014 (per la quale l'accertamento, ad opera del commissario giudiziale, della commissione di atti di frode da parte del debitore determina la revoca dell'ammissione al concordato, a norma

dell'art. 173 l.f., *“indipendentemente dal voto espresso dai creditori in adunanza e, quindi, anche nell'ipotesi in cui questi ultimi siano stati resi edotti di quell'accertamento”*), si legge che la revoca di cui all'art. 173 *“già per il carattere ufficioso da cui è connotata, non appare riducibile ad una dialettica di tipo meramente negoziale, ma pienamente invece s'iscrive nel novero degli interventi del giudice in chiave di garanzia”*. Posizione legittima, ma, senza voler qui affrontare la vasta problematica del grado di privatizzazione del concordato, resta da chiedersi quanto coerente con un sistema che, come è stato ben detto (Ambrosini), ha spostato il baricentro degli interessi tutelati verso la formazione consapevole e genuina del consenso dei creditori sul contenuto della proposta di concordato ed ha espunto dal contesto normativo il requisito della meritevolezza.

Al di là di questa digressione sull'art. 173, va considerato, tornando all'art. 28, che con la accennata incompatibilità non si moralizzano i comportamenti di quei professionisti che pensano più ai loro interessi che a quelli della procedura, perché un commissario del genere, sapendo che non potrà essere nominato curatore nell'eventuale successivo fallimento, cercherà in tutti i modi di portare a termine anche concordati che non lo meritano per lucrare un maggior compenso. E' vero, infatti, che il d.m. n. 30 del 2012 prevede un unico compenso per il commissario, anche per l'opera prestata successivamente all'omologazione, ma il compenso è basato su percentuali oscillanti tra un minimo e un massimo da calcolare sull'attivo e sul passivo, per cui normalmente il compenso è più alto in una procedura che va avanti fino all'esecuzione di altra che cessi, per revoca, dopo qualche mese dall'apertura.

Inoltre, ciò che si perde con la incompatibilità è il bagaglio di conoscenza che l'organo della prima procedura aveva; il che può anche essere una conseguenza di scarso rilievo in alcuni casi, ma in tanti altri può essere importante perché costringe il curatore a riprendere daccapo discorsi che erano stati già avviati, anche se non personalmente dal commissario, certamente sotto la sua vigilanza; e non sempre c'è il tempo necessario per poterlo fare.

Infine, non va dimenticato che il tribunale non è obbligato a nominare curatore lo stesso commissario, ma, indipendentemente dalla nuova norma, può benissimo scegliere per il fallimento altro professionista, con il vantaggio di ancorare la sostituzione alla situazione concreta e non ad un divieto generalizzato e astratto.

In conclusione, valutando i pro e i contra sopra esposti, credo sia più rispondente alle esigenze di un corretto e rapido svolgimento della procedura eliminare l'incompatibilità ora introdotta, facendo quelle piccole accennate modifiche all'art. 173.

\*

Per quanto riguarda la redazione della norma, mi pare che questa sia molto approssimativa.

In primo luogo, l'art. 5 del d.l. contiene un duplice errore lì dove dice, alla lett. a), che all'art. 28 l.f. *“al terzo comma, la parola due è sostituita con ....”* e alla lett. b) che *“dopo il terzo comma, sono aggiunti i seguenti”*, perché l'art. 28 l.f. è costituito da due commi, per cui la nuova norma dovrebbe dire *“al secondo comma, la parola due è sostituita con ....”* e *“dopo il secondo comma....”*. Per la verità, in origine, dopo la prima riforma del 2006, il comma interessato era effettivamente il terzo perché era presente un secondo comma che imponeva al tribunale di indicare, nel provvedimento di nomina, *“le specifiche caratteristiche e attitudini del curatore”*, ma questo comma è stato abrogato già con il decreto correttivo del 2007 (art. 3 del d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169).

Il nuovo terzo (e non quarto) comma dell'art. 28, stabilisce che *“Il curatore deve essere in possesso di una struttura organizzativa e di risorse che appaiano adeguate al fine del rispetto dei tempi previsti dall'articolo 104-ter”*.

L'intento dichiarato (nella Relazione accompagnatoria) di tale disposizione è di accelerare la conclusione delle procedure di fallimento affidandone la gestione a professionisti adeguatamente organizzati, ma temo che, così come formulata, produrrà l'effetto contrario.

Essa, infatti, non precisa chi deve valutare la sussistenza di una adeguata struttura organizzativa ai fini della nomina. La ovvia risposta è che sia il tribunale che, come si spiega anche nella relazione accompagnatoria, *“in merito motiva espressamente nella sentenza dichiarativa di fallimento che nomina il curatore”*, tuttavia, la nuova disposizione precisa che il tribunale deve motivare *“in ordine alla sussistenza dei requisiti di cui al terzo comma”*. Orbene, per l'errore già evidenziato, nell'art. 5 del nuovo d.l. n. 83 del 2015 si dice che *“dopo il terzo comma”* è aggiunto il seguente: *“Il curatore deve essere in possesso di una struttura organizzativa e di risorse che appaiano adeguate al fine del rispetto dei tempi previsti dall'articolo 104-ter”*, sicchè questo comma, come detto, è in realtà il terzo, ma nella numerazione del legislatore è il quarto, per cui quando nel contesto della stessa norma si dice che il tribunale deve motivare in ordine alla sussistenza dei requisiti di cui al terzo comma, il legislatore non può riferirsi alla struttura organizzativa; salvo a ritenere che questi, dopo aver impropriamente parlato di aggiunta al terzo comma, nel corso della redazione si sia reso che il nuovo comma occupa il terzo posto. E questa, come si vedrà, sembra essere l'interpretazione più aderente alla volontà legislativa.

Al di là di questa ulteriore imprecisione – che può essere facilmente corretta in sede di conversione, e, comunque, può essere agevolmente superata in via interpretativa, ma è anche il sintomo della superficialità con cui vengono redatti i testi legislativi –, si pone, però, il problema di come fa il tribunale a controllare che il nominando curatore sia dotato di struttura organizzativa adeguata. Ciascun interessato ad ottenere incarichi dovrà presumibilmente presentare un curriculum spiegando anche come è organizzato il suo studio, se è associato con altri professionisti, gli incarichi ricevuti, l'esito e la dimensione degli stessi, ecc., ma se espone dati non veritieri (ad esempio che dispone di cinque segretarie o di cinque PC e invece ha una solo segretaria e un solo computer), non si capisce come possa fare il tribunale a verificare. Non è da sottovalutare il pericolo che qualche Ufficio (presunto) efficientista demandi alle Forze dell'Ordine una indagine del

genere, per cui i professionisti che hanno presentato i curricula si troveranno in studio la Guardia di Finanza per controllare la veridicità di quanto comunicato al tribunale.

Questa condizione, peraltro, checchè ne dica la Relazione, è estremamente penalizzante per i giovani professionisti che si sono messi in proprio da poco, i quali, probabilmente, avranno una struttura di studio minimale che disincentiverà il tribunale a nominarli, anche nei fallimenti di piccole dimensioni, che, come si sa, a volte contengono sorprese e richiedono capacità e strutture anche notevoli (si pensi ad un fallimento privo di attivo ma con numerosi creditori, anche se ciascuno per piccoli importi).

Come anticipato, la norma continua stabilendo che *“La sentenza pronunciata ai sensi dell’articolo 16 motiva specificamente in ordine alla sussistenza dei requisiti di cui al terzo comma e tiene conto, anche alla luce delle risultanze dei rapporti riepilogativi di cui all’articolo 33, quinto comma, delle eventuali indicazioni in ordine alla nomina del curatore espresse dai creditori nel corso del procedimento di cui all’articolo 15”*

La norma dimostra che quando il legislatore parla di comma terzo intende riferirsi all’effettivo terzo comma (e non al quarto, come sarebbe secondo la iniziale indicazione contenuta nella nuova disposizione) perché una motivazione può essere necessaria solo qualora si estenda agli elementi sopra richiamati. Tuttavia non poteva essere scritta in modo più approssimativo e atecnico.

Ed invero:

**A.** Dalla dizione riportata sembra che il tribunale con la sentenza dichiarativa di fallimento debba motivare esclusivamente sulla adeguatezza della struttura organizzativa e poi debba tener conto degli altri elementi, per i quali non sarebbe richiesta una motivazione. Una interpretazione del genere, sebbene suffragata dalla lettera della norma, è tuttavia illogica, per cui, per dare un senso organico alla stessa, è da ritenere che il legislatore abbia voluto dire che il tribunale, con la sentenza dichiarativa di fallimento, nella scelta del curatore, deve esplicitare le ragioni che hanno determinato la scelta del professionista designato,

sulla base di una valutazione che tenga conto della struttura organizzativa, delle relazioni ex art. 33 e delle indicazioni dei creditori.

**B.** E' facile prevedere che la disposizione in ordine alla motivazione sulla struttura organizzativa dello studio si tradurrà in stereotipi motivazioni standard del tipo “*ritenuto che dalle informazioni assunte il professionista X risulta essere in possesso di una struttura organizzativa e di risorse che appaiano adeguate al fine del rispetto dei tempi previsti dall'articolo 104-ter ...*”. Del resto non credo che il Tribunale possa fare diversamente perché una motivazione più specifica richiederebbe quegli accertamenti di cui si diceva che il tribunale non è in condizione di svolgere.

**C.** Mi riesce difficile capire il richiamo ai rapporti riepilogativi ex art. 33 perché questi saranno redatti dal curatore dopo la nomina e dopo la prima relazione ex art. 33 primo comma, per cui non vi può essere un rapporto del genere quando viene dichiarato il fallimento. Forse il legislatore ha voluto far riferimento ai casi di fallimenti che seguono un concordato, ma anche in tal caso – che comunque sarebbe stato il caso di individuare – i rapporti sono limitati a ipotesi ben delimitate. Invero nel concordato, a relazionare periodicamente sulla gestione sono tenuti: (i) il liquidatore (ult. comma art. 182) per cui il tribunale potrebbe servirsi dei rapporti precedenti solo qualora il fallimento segua ad una risoluzione di un concordato con cessione dei beni omologato, e (ii) il commissario di un concordato in continuità (e non anche con cessione dei beni), peraltro in tempi tali (ogni sei mesi successivi alla presentazione della relazione di cui all'articolo 172) da ritenere che anche in questo caso le relazioni seguiranno l'omologa (comma 9-quinquies dell'art. 16-*bis* d.l. n. 179/2012 e succ. modifiche).

**D.** Pericolosa è la disposizione che fa riferimento, in ordine alla nomina del curatore, alle indicazioni espresse dai creditori nel corso dell'istruttoria prefallimentare perché, per un verso, sono soltanto i creditori istanti a fornire indicazioni e non la collettività (quindi senza alcuna garanzia di indipendenza del professionista indicato) e ciascuno di essi potrebbe indicare un nominativo diverso, e, per altro verso, il tribunale, che non è

vincolato al volere espresso, dovrebbe comunque motivare perché l'incarico viene attribuito ad altro professionista e non a quello o a quelli indicati dai creditori istanti; dovrebbe cioè fare una valutazione comparativa. Da qui una serie di altri problemi: l'indicazione deve essere spontanea o il tribunale (o il giudice incaricato) dell'istruttoria prefallimentare deve espressamente chiedere ai creditori indicazioni sul nominativo del futuro curatore? La scelta del tribunale può essere impugnata, e con quale mezzo, dal creditore che ha fatto l'indicazione e non è soddisfatto della motivazione che ha escluso il soggetto da lui indicato (o in mancanza di motivazione sul punto)?

La scelta di svincolare il curatore dalla posizione di mandatario dei creditori che lo nominavano, attribuendo tale potere al tribunale (che lo sceglieva, in linea di massima, nell'apposito ruolo delle persone più idonee all'ufficio di curatore nei fallimenti) fu fatta già con il cod. comm. del 1882 e fu positivamente salutata dalla dottrina in quanto andava nella direzione di una maggiore autonomia e professionalità dell'organo motore della procedura. Non pare proprio il caso di tornare indietro nel tempo attraverso, peraltro, un meccanismo che lascia solo ad alcuni creditori il potere di influenzare le scelte dell'organo giudiziario. Se proprio si vuole dare voce ai creditori nella scelta del curatore (opzione comunque inopportuna), il modello può essere costituito proprio il cod. comm. del 1882, ove la nomina del curatore da parte del tribunale veniva definita provvisoria perché il tribunale, dopo la prima adunanza dei creditori (convocata con la stessa sentenza dichiarativa) in cui costoro esprimevano il loro parere *“intorno alla nomina definitiva del curatore”* (art. 691), *“veduto il processo verbale di essa, dichiara definitiva la nomina del curatore nella persona provvisoriamente designata ovvero conferisce tale ufficio a persona diversa”* (art. 713). In qualche modo, tuttavia questo meccanismo esiste già, ed è quello contenuto nell'art. 37bis, che a me non risulta essere mai stato utilizzato nella pratica. Non pare, pertanto affatto opportuno ampliare questo meccanismo che porterebbe ad ulteriori ritardi e incertezze, e la cosa migliore da fare sarebbe espungere dalla nuova norma il riferimento alle indicazioni dei creditori.

**E.** Quando nella scelta di un organo si impone a chi provvede alla nomina di privilegiare chi è attrezzato adeguatamente per svolgerli, la struttura organizzativa dello studio diventa un elemento determinante per l'attribuzione dell'incarico di curatore, come di commissario e liquidatore, perdendo, in tal modo, la professionalità di tanti apprezzati e capaci professionisti che hanno privilegiato l'approfondimento della materia fallimentare ad un ammodernamento del loro studio o che sopperiscono, proprio con la loro abilità personale, a eventuali deficienze organizzative.

E si arriva, così al nocciolo della questione che è la mancanza di qualsiasi rilievo all'apprezzamento da parte del giudice delle capacità dei professionisti da nominare; il che priva il tribunale della libertà di scegliere i soggetti che ritiene più adatti allo svolgimento di un incarico, come è stato finora, dovendo a questo fine valutare principalmente la struttura organizzativa dei nominandi, e poi le eventuali risultanze da precedenti rapporti e le indicazioni dei creditori, rendendo conto della scelta attraverso una motivazione (non so come farà il tribunale, ad esempio, a motivare che un incarico non remunerativo viene assegnato ad un professionista rinomato e con grande organizzazione per compensare altre lucrose procedure attribuite allo stesso o che una procedura non remunerativa viene data ad un giovane professionista per vagliarne le capacità senza rischiare, ecc.).

**F.** Questa larvata (ma non tanto) espropriazione della libertà del tribunale nelle nomine viene, infine, ulteriormente accentuata dall'aggiunta dell'ultimo comma dell'art. 28, per il quale *“È istituito presso il Ministero della giustizia un registro nazionale nel quale confluiscono i provvedimenti di nomina dei curatori, dei commissari giudiziari e dei liquidatori giudiziari. Nel registro vengono altresì annotati i provvedimenti di chiusura del fallimento e di omologazione del concordato, nonché l'ammontare dell'attivo e del passivo delle procedure chiuse. Il registro è tenuto con modalità informatiche ed è accessibile al pubblico”*.

E' giusta la preoccupazione del legislatore di assicurare trasparenza nelle nomine, ma l'istituzione di un registro nazionale pubblico degli incarichi prelude ad una rotazione quasi automatica, basata sulla statistica, che mal si coniuga con l'efficienza. In un grande

circondario, infatti, con liste di potenziali curatori, commissari e liquidatori infinite ciascuno dei quali avrà fatto pervenire una relazione sulla altamente specializzata organizzazione del proprio studio, il professionista che riceve un incarico dovrà attendere anni prima che possa averne un altro, con dispersione delle migliori professionalità, perché il tribunale, pur se lo ritiene adeguato ad una procedura, eviterà di nominarlo nuovamente, prima di aver esaurito la lista dei potenziali pretendenti, per paura di sanzioni disciplinari.

Esiste già un registro degli incarichi presso ciascun ufficio (che sarebbe il caso di rafforzare per renderli più efficienti), che consente ai Presidenti di intervenire con il dovuto buon senso e conoscenza della realtà concreta, per cui non vi era bisogno di creare un albo nazionale (sulla cui funzionalità sono legittimi dubbi), che lascia a ciascuno anche la possibilità di sollevare obiezioni sui criteri di nomina.

Ancora una volta, non essendo il nostro sistema in grado di intervenire su favoritismi o addirittura collusioni di qualche giudice, si impone un meccanismo automatico, che danneggia tutti (si pensi alla sciagurata norma sulla decennialità, che ha lo stesso scopo). Al sospetto che il commissario possa eccedere nelle richieste di revoca del concordato si risponde con il divieto di nomina dello stesso a curatore, a quello del giudice (ma nel caso dell'intero collegio) possa affidare incarichi a persone amiche o per altre indicibili motivi si contrappone l'obbligo della motivazione e un registro pubblico degli incarichi.

In conclusione, a me sembra che, al di là della scelta sulla incompatibilità tra commissario e curatore, il resto della norma sia da eliminare completamente.

\*\*\*\*\*

**Art. 161, comma II, lett. e), L.F. come modificato da art. 4 d.l. n. 83 del 2015.**

Il debitore deve presentare con il ricorso .... e) un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta; *in ogni caso, la proposta*

*deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile procurata in favore di ciascun creditore.*

Sembrerebbe che il debitore nella proposta debba specificare, con riferimento a ciascun creditore, perché l'offerta a lui fatta è utile, di modo che, posto che l'utilità si ricava dal raffronto tra ciò che si offre e ciò che potrebbe accadere, il debitore deve esporre i vantaggi dell'offerta rispetto all'ulteriore deterioramento della situazione o della dichiarazione di fallimento. Questo ulteriore incremento del contenuto della proposta ha la *“finalità di evitare che possano essere presentate proposte per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo che lascino del tutto indeterminato e aleatorio il conseguimento di un'utilità specifica per i creditori”* (così la Relazione), ma se questo è lo scopo c'è da chiedersi perché l'utilità deve essere rapportata a ciascun creditore e non a ciascuna categoria di creditori (privilegiati, chirografi...) o classi di creditori, sembrano illogico che il debitore debba spiegare a ciascun chirografario il vantaggio che ritrae dall'accettazione della proposta.

Di buono c'è che questa disposizione apre la strada alla formazione di classi in cui si inseriscono creditori ai quali non viene dato nulla (le c.d. *zero klass* previste dalla legge tedesca ma che secondo l'indirizzo della cassazione non sarebbero concepibili nel nostro ordinamento), discendendo l'utilità (appunto da spiegare), ad esempio, dal mantenimento del rapporto commerciale in corso.

\*\*\*\*\*

#### **ART. 163 L.F., COME MODIFICATO DALL'ART. 3 D.L. N. 83 DEL 2015.**

La parte innovativa delle modifiche che hanno interessato l'art. 163 l.f. è quella che introduce la possibilità di proposte concorrenti. Il nuovo quarto comma stabilisce 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 e il relativo piano non oltre trenta giorni prima dell'adunanza dei creditori....”*

E' molto discutibile se la possibilità di proposte concorrenti, così come consentita, possa essere uno strumento migliorativo dell'interesse dei creditori, perché, se da un lato aumenta la concorrenza, dall'altro disincentiva il debitore a formulare proposte concordatarie sapendo che un terzo potrà impadronirsi della sua impresa.

In particolare, sarà penalizzata l'intenzione di ristrutturare l'impresa in via diretta con un concordato con continuità dal momento che un terzo che intravede buone possibilità può intervenire con una proposta più allettante o anche con una proposta di cessione dei beni, dato che non è richiesta alcuna omogeneità tra le proposte stesse (a differenza di quanto richiesto dall'art. 163*bis* per le offerte concorrenti, che devono essere tra loro comparabili).

Indispensabile, quindi, sarebbe prevedere quanto meno che le proposte concorrenti debbano essere omogenee e comparabili con quella formulata dal debitore.

Tanto però non basta perché la norma è al limite della tenuta costituzionale, in quanto si consente ad un terzo di appropriarsi dell'azienda e dell'impresa altrui, attuandosi, in violazione dell'art. 42 Cost. un esproprio a favore di un privato non collegato ad un pubblico interesse. Se ciò può essere giustificato nel concordato fallimentare, che presuppone la dichiarazione di insolvenza del debitore e lo spossessamento dello stesso proprio ai fini della liquidazione dei suoi beni, non lo è altrettanto nel concordato preventivo, ove manca l'accertamento della insolvenza e il debitore, che potrebbe anche versare in uno stato di crisi reversibile, dispone ancora del suo patrimonio, pur se sotto la vigilanza del commissario, e la legge gli concede la libertà di gestire la crisi nel modo che crede più opportuno.

Oltre, quindi, alla omogeneità tra le proposte, la possibilità di proposte concorrenti dovrebbe essere esclusa per i concordati con continuità diretta; il debitore, infatti, quando propone di soddisfare i creditori mediante cessione dei beni (che sia o meno preceduta da

una continuità nell'esercizio dell'attività), ha scelto di mettere i beni a disposizione dei creditori per la liquidazione, per cui una ulteriore proposta non fa che offrire una soluzione ulteriore, e probabilmente migliorativa, ai creditori; lì dove, invece, il debitore abbia optato per un concordato con continuità aziendale diretta, con il quale chiede la collaborazione dei creditori proprio al fine di ristrutturare l'impresa e poterla continuare, evitando il fallimento o comunque la dispersione dei beni e il tribunale ha già ritenuto, sulla base delle attestazioni richieste dall'art. 186**bis**, rispondere al migliore interesse dei creditori, non può essere consentito l'intervento di un terzo che, facendo una proposta anche leggermente migliorativa ai creditori, espropri il primo dei suoi beni, senza, peraltro, neanche il vincolo della continuazione dell'attività.

Si dice nella relazione accompagnatoria che con la presente disposizione si è voluto “impedire che il debitore presenti proposte che non rispecchiano il reale valore dell'azienda (appropriandosi, così, integralmente del surplus di ristrutturazione, ossia del maggiore valore creato dalla riorganizzazione rispetto all'alternativa della liquidazione fallimentare), anche quando ai creditori non sia offerta l'integrale soddisfazione dei loro crediti, benché riscadenzati”, ma mi sembra che situazioni del genere dovrebbero essere escluse in radice, dato che per l'ammissione al concordato con continuità è richiesta una relazione che attesti “che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori”, i quali, comunque, possono esercitare il diritto di voto per impedire arricchimenti del debitore.

Altra finalità delle proposte concorrenti indicata dalla Relazione è quella di “*creare i presupposti per la nascita, anche in Italia, di un mercato dei distressed debt, già da tempo sviluppatosi in altri Paesi (tra cui, in particolare, gli Stati Uniti d'America) in modo da consentirne un significativo smobilizzo*”, tuttavia, non possiamo importare istituti stranieri inserendoli in strutture completamente diverse. Il descritto fenomeno esiste negli Stati Uniti e si collega alla possibilità di proposte concorrenti, ma queste non sono illimitatamente ammesse bensì soltanto in via suppletiva, ove il debitore non proponga il piano nei 120 giorni e nel più

breve o più lungo termine concesso dalla Corte (The debtor [unless a “small business debtor”] has a 120-day period during which it has an exclusive right to file a plan. 11 U.S.C. § 1121(b). This exclusivity period may be extended or reduced by the court. But in no event may the exclusivity period, including all extensions, be longer than 18 months. 11 U.S.C. § 1121(d). After the exclusivity period has expired, a creditor or the case trustee may file a competing plan. The U.S. trustee may not file a plan. 11 U.S.C. § 307).

Non convince, in sostanza, la bontà e la utilità del nuovo istituto delle proposte concorrenti, così come formulato.

Passando all’esame nel merito delle nuove disposizioni, le carenze e le imprecisioni tecniche sono numerose e gravi e superiori ai pregi che pur vi sono.

1. Nulla è detto nella norma sulla autonomia o meno delle proposte concorrenti, e cioè, visto che esse presuppongono la presentazione di una domanda da parte del debitore, non è chiarito cosa succede qualora questi ritiri la sua proposta. Ossia la presenza di una proposta del debitore è condizione per la presentazione di altre da parte dei creditori o anche per la permanenza delle stesse? Questa seconda soluzione priverebbe il debitore di qualsiasi difesa dal momento che, anche se ritira la domanda per cercare di risolvere la crisi in altro modo, rimarrebbe la possibilità di esproprio da parte dei creditori; di contro, la prima opzione permetterebbe al debitore di disporre della sorte delle altre domande vanificando lo scopo della norma.

Sarebbe opportuno che il legislatore si pronunciasse sul punto chiarendo che succede in caso di ritiro per evitare dubbi interpretativi e interminabili contenziosi.

2. Nel quinto comma è previsto che *“Le proposte di concordato concorrenti sono ammissibili se non risulta che la proposta di concordato del debitore assicura il pagamento, ancorché dilazionato, di almeno il quaranta per cento dell’ammontare dei crediti chirografari”*, il che significa che in tutti i casi in cui la proposta del debitore non assicuri il pagamento del 40% ai chirografari (ed ovviamente il pagamento integrale delle prelezioni, salva capienza sui beni) sono ammissibili proposte concorrenti. Orbene:

**2.a** In primo luogo, il limite posto del 40% è talmente alto tale da rendere possibile sempre, tranne rarissimi casi, l'ingresso di proposte concorrenti essendo abbastanza rari i concordati che consentano la soddisfazione dei chirografari in una percentuale così elevata, ed è utopistico pensare che questo meccanismo possa rappresentare un incentivo per il debitore a far emergere prima la crisi, in modo da poter soddisfare i chirografari al 40% almeno. Una affermazione del genere, contenuta nella Relazione accompagnatoria, dimostra soltanto la lontananza del redattore dalla realtà concreta del paese e dalle dinamiche che governano gli imprenditori in crisi.

A loro volta i creditori concorrenti non sono tenuti a soddisfare i chirografari nella misura almeno del 40%, per cui, fino alla scadenza del termine dei trenta giorni prima dell'udienza, è possibile la presentazione di qualsiasi proposta. Si dà per scontato che le nuove proposte siano migliorative rispetto a quella originaria essendo la scelta rimessa ai creditori che, evidentemente, si orienteranno su quella che è, o appare essere, la proposta per essi più conveniente, ma manca la previsione di quanto debba essere l'offerta minima in aumento. Una maggior tutela del debitore (adeguandola ai principi costituzionali) potrebbe essere attuata richiedendo che le nuove proposte debbano offrire, a pena di inammissibilità, una percentuale di soddisfazione per i creditori superiore di un tot per cento a quella già offerta dal debitore; cosa agevole ove si stabilisca che le varie proposte debbano essere tra loro comparabili e possano intervenire soltanto nei concordati con cessione dei beni e che trova giustificazione anche nel fatto che le proposte ulteriori innestano un procedimento più complesso nella gestione della procedura con relativi costi in termini di danaro e di tempo, cui si deve pertanto accedere solo in presenza di una evidente utilità per i creditori.

Il limite posto fa nascere anche un ulteriore dubbio: se un creditore presenta una proposta che assicura il pagamento dei creditori chirografari al 40%, è possibile presentare ulteriori proposte (ammesso sempre che vi sia il tempo per farlo)? Probabilmente sì perché quel

limite è posto solo per la domanda iniziale del debitore, ma anche questo sarebbe meglio chiarirlo.

**2.b** La norma, inoltre, richiede, per la presentazione di proposte concorrenti, non che la stessa indichi la soddisfazione dei chirografari nella misura del 40%, ma che essa “assicuri” il pagamento entro tale livello, per cui, al di là dell’atecnicismo del termine utilizzato (assicurare), vi dovrà essere qualcuno che valuti se quella proposta, in base al piano sottostante, sia idonea ad attribuire (anche se non proprio a garantire) ai creditori chirografari il pagamento del 40 %. Non è detto chi debba svolgere tale verifica, ma presumibilmente dovrebbe essere il tribunale, visto che si tratta di valutare l’ammissibilità delle proposte concorrenti; tuttavia, in tal modo viene attribuito all’organo giudiziario il compito di verificare la fattibilità della originaria proposta del debitore, sulla base del piano presentato.

Ammettiamo, infatti, che il debitore presenti una proposta di concordato con cessione dei beni che preveda il pagamento del 41% ai chirografari, corredata dalle dovute attestazioni, ma un creditore, sostenendo che quella soglia non è raggiungibile e che al massimo i creditori chirografari possono essere pagati al 35%, presenti una proposta concorrente, è evidente che, per stabilire se quest’ultima è ammissibile, il tribunale deve verificare se la originaria proposta del debitore assicuri il pagamento, ancorché dilazionato, di almeno il quaranta per cento dell’ammontare dei crediti chirografari; deve cioè fare una verifica di tenuta della proposta del debitore che passa necessariamente attraverso un giudizio di fattibilità del piano allegato.

Ossia il tribunale è chiamato a svolgere un giudizio non al limitato scopo di verificare la sussistenza o meno di una assoluta, manifesta non attitudine del piano presentato dal debitore a raggiungere gli obiettivi prefissati, (cioè a realizzare la causa concreta del concordato, individuabile nella finalità di superare la situazione di crisi dell’imprenditore, da un lato, e assicurare un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori, da un altro), ma al fine di stabilire, mediante un controllo penetrante di merito,

se possa essere raggiunta la soglia del pagamento del 40% minimo ai chirografari, che va ben oltre i limiti segnati dalle sezioni unite con la sentenza n. 1521 del 2013 ed è comunque asintonico rispetto alla generale costruzione del ruolo dell'organo giudiziario. E' vero che una tale indagine è limitata alla verifica dell'ammissibilità delle altre domande concorrenti, ma il giudizio effettuato non sparisce certo dalle carte del procedimento, con l'ulteriore anomalia che, di contro, nessuna particolare indagine sulla fattibilità, se non quella ordinaria indicata dalla citata giurisprudenza, è tenuta a svolgere il tribunale sulla proposta concorrente, pur essendo questa l'oggetto di esame di ammissibilità.

**3. Votazione e maggioranze.** Il punto più debole del sistema mi sembra essere il meccanismo del voto, che è molto più complesso del pari procedimento previsto nel concordato fallimentare, dato che in quest'ultimo non è prevista l'adunanza dei creditori, a differenza di quanto avviene nel concordato preventivo. L'art. 175, co. 5, prevede, infatti, che tutte le proposte siano sottoposte al voto dei creditori seguendo l'ordine temporale del loro deposito e, dunque, cominciando sempre dalla proposta del debitore. A sua volta il nuovo primo comma dell'art. 177 stabilisce che, quando sono poste al voto più proposte, *si considera approvata quella che ha conseguito la maggioranza più elevata dei crediti ammessi al voto con preferenza, in caso di parità, per quella del debitore o, in caso di parità fra proposte di creditori, per quella presentata per prima. Quando non si raggiungono tali maggioranze, il giudice delegato rimette al voto la sola proposta che ha conseguito la maggioranza relativa dei crediti, senza necessità di fissare una nuova udienza, ma solo un termine entro cui i creditori possano far pervenire il proprio dissenso.*

E' evidente che la presenza di più proposte porta alla dispersione dei dissensi con la conseguenza che, tenendo conto dei silenzi, si potrà avere o che più proposte superino la maggioranza o che nessuna di esse superi la quota del 50%, e bisogna dare atto ai redattori della scrupolosa minuziosità con cui hanno regolamentato i vari possibili esiti del voto, eliminando molti dei dubbi nascenti dalla più generica formula dell'art. 128. In particolare è apprezzabile che sia stato sottolineato con chiarezza che per l'approvazione è

necessaria la maggioranza assoluta prevista dalla prima parte del primo comma dell'art. 177 e che sia stata disposto che debbano essere sottoposte alla votazione tutte le proposte presentate dal debitore e dai creditori, seguendo l'ordine temporale del loro deposito, sicchè, il giorno dell'adunanza, dopo la discussione, che ora si estende a tutte le proposte sul tappeto, i creditori saranno chiamati ad esprimere il voto su ciascuna proposta ad essi sottoposta, una dopo l'altra, e potranno continuare ad esprimere i loro dissensi nel termine di venti giorni di cui al quarto comma dell'art. 178, fermo restando che il silenzio equivale all'assenso.

Orbene, questo meccanismo del silenzio assenso mal si concilia con la pluralità delle proposte.

Se, infatti, vi è una sola proposta il silenzio dei creditori può essere interpretato come assenso a quella proposta perché ad essi viene detto che l'inerzia viene in tal modo calcolata dalla legge, che, attribuendo il valore di assenso al silenzio del creditore chiamato a votare una proposta concordataria (senza possibilità di prova contraria né di ricerca dei motivi del silenzio), ha creato la presunzione che il creditore che non vota sia d'accordo con quella proposta. Quando sono portate al voto due o più proposte, seppur una di seguito all'altra e non contemporaneamente, il silenzio gioca a favore di ciascuna di esse, con la conseguenza che il silenzio perde la sua inequivocità in quanto non può più presumersi una adesione silente a più proposte eventualmente tra loro molto differenti, con buona pace della trasparenza del voto. In tal caso, cioè, l'inerzia, che si traduce nel non voto, più che adesione, esprime indifferenza per le varie proposte, che realizza uno scollegamento tra l'assenso e il silenzio in quanto l'indifferenza comunque non equivale ad adesione.

Questo comporta, inoltre, la necessità per i creditori di prendere posizione sulle varie proposte. Un creditore, infatti, se vuol far passare la proposta A, non può limitarsi a tacere, sapendo che la legge attribuisce al suo silenzio il valore di consenso, ma deve esprimere il suo dissenso per le altre proposte B e C non gradite. In tal modo, però, si

attua uno stravolgimento del meccanismo del voto perché, mentre il principio del silenzio assenso ha la funzione di favorire l'approvazione del concordato considerando come favorevoli anche quei comportamenti che non si traducano in una manifestazione di volontà espressa, in presenza di pluralità di proposte si abbandona questo principio e si costringono i creditori a prendere espressa posizione per far passare la proposta che ritengono più conveniente manifestando il dissenso per le altre.

L'incompatibilità del criterio del silenzio assenso con le proposte plurime si aggrava se si considera che nel concordato preventivo è prevista una udienza per l'adunanza dei creditori per esprimere il voto e rimane la possibilità del voto negativo nel termine di cui all'art. 178.

Invero, l'anticipazione del deposito della relazione a 45 giorni prima dell'udienza può indurre qualche creditore ad esprimere il suo voto, positivo o negativo, sulla proposta A del debitore, prima che arrivino e gli siano comunicate le altre proposte. Quel voto che valore ha dopo la presentazione delle altre proposte B e C e la loro comunicazione ai creditori? Se quel creditore aveva espresso un voto negativo sulla proposta A e non si presenta all'udienza, deve ritenersi che abbia votato contro la prima proposta e a favore delle altre due B e C, pur se tra loro diverse, oppure anche il primo voto ante udienza perde valore?

Di contro, il creditore che esprime il voto nel termine dei venti giorni successivi all'udienza non può limitarsi a esprimere il dissenso (come in udienza ove le singole proposte vengono messe al voto una per una), ma è tenuto a specificare a quale proposta è indirizzato il suo voto contrario. Se il dissenso post udienza non contiene una tale indicazione, come va valutato? Probabilmente è da considerare come un voto contrario per tutte le proposte, ma potrebbe anche sostenersi che di esso non si debba tenere conto, per cui quel voto inespresso varrebbe come consenso per tutte. E, benchè il voto o il non voto incida allo stesso modo per tutte, gli effetti potrebbero essere diversi per ciascuna proposta dato che bisogna tener conto anche degli altri voti; ammesso, infatti, che la

proposta A abbia ricevuto consensi del 30% dei creditori e la proposta B del 45%, se il voto del creditore, che rappresenti il 7% del monte crediti, ha valore di dissenso nessuna delle due raggiunge la maggioranza assoluta, ma se ha valore di assenso permette alla proposta B di arrivare e superare il 51%.

Altra grave carenza è la mancanza di qualsiasi accenno al voto in caso di formazione di classi. Se, infatti, la proposta A del debitore non prevede la formazione di classi e le proposte B e C contengono la classazione (del resto almeno una classe è obbligatoria per i creditori proponenti se vogliono esprimere il voto, giusto il disposto del sesto comma dell'art. 163), le maggioranze sono diversamente calcolabili, giacchè, in presenza di classi, il concordato è approvato se la maggioranza si verifica anche nel maggior numero di classi, nel mentre per la proposta A è sufficiente che sia raggiunta la maggioranza quantitativa tra i crediti ammessi al voto. Attraverso questo sistema i creditori proponenti potrebbero manipolare la votazione formando le classi nel modo formalmente corretto (stale da superare il vaglio di legalità da parte del tribunale), ma nel merito finalizzate al raggiungimento del maggior consenso.

Potrebbe anche accadere che tutte le proposte prevedano le classi, ma nella proposta A del debitore il creditore Alfa è incluso in una classe e nella proposta B in altra classe e nella C in altra ancora, con trattamenti differenziati. Questo è un altro caso in cui Alfa è costretto a prendere espressa posizione, in contrasto con il principio del silenzio assenso teso a favore appunto l'approvazione del concordato; e se, per disinteresse o dimenticanza o altro, Alfa non vota, come si fa ad attribuire l'assenso di costui a tutte e tre le proposte?

La situazione diventa poi irrisolvibile ove nella proposta A sia previsto il pagamento degli ipotecari per intero, indipendentemente dalla capienza sui beni, e la soddisfazione non integrale dei privilegiati mobiliari in misura non inferiore a quella realizzabile, a norma del secondo comma dell'art. 160 e la proposta B abbia un contenuto esattamente contrario, ossia pagamento integrale dei privilegiati mobiliari e pro quota degli ipotecari nei limiti di

capienza dei beni ipotecati (o viceversa), e la proposta C abbia ancora altri contenuti.. In questo caso emerge non solo l'incompatibilità della pluralità di proposte con il sistema del silenzio assenso, quanto l'impossibilità di sottoporre al voto più proposte, perché nell'esempio fatto si tratta di stabilire primariamente chi vota e il relativo trattamento. L'ipotecario della proposta A non ha diritto di voto perché viene soddisfatto integralmente, ma potrebbe avere interesse a votare per bocciare la proposta B, ma qui potrebbe votare solo per la quota che è passata al chirografo, giusto il disposto del terzo comma dell'art. 177, e viceversa i creditori privilegiati mobiliari che non possono votare per la proposta B, potrebbero nella A.

Non si può concepire un sistema in cui tra due proposte il creditori possono esprimere un voto solo per una.

Infine, il penultimo comma dell'art. 163 prevede che i creditori proponenti hanno diritto di votare sulle proprie proposte, anche se previa inclusione in apposita classe, in chiaro conflitto di interessi. E' vero che il conflitto di interessi non è considerato nel concordato preventivo, a differenza di quanto avviene in quello fallimentare con il divieto di cui al sesto comma dell'art. 127, ma è altrettanto vero che è anomalo che un soggetto voti sulla proposta da lui presentata in un sistema, che, peraltro esclude dal voto e dal computo delle maggioranze il coniuge del debitore, i suoi parenti e affini fino al quarto grado ecc.. Per coerenza, se si concede il voto ai creditori proponenti bisognerebbe eliminare anche il divieto di cui al quarto comma dell'art. 177.

#### **4. Tempistica.**

**4.a** Il tribunale ordina la convocazione dei creditori *non oltre centoventi giorni dalla data del provvedimento* e stabilisce il termine per la comunicazione di questo ai creditori (art. 163 co. 2).

Orbene, se l'adunanza dei creditori può essere fissata (non più a 30 giorni come finora stabilito, ma) a 120 giorni dal provvedimento di ammissione, il termine per l'omologa di 180 giorni dalla presentazione del ricorso previsto dall'art. 181 (che non è stato

modificato) deve essere rivisto perchè impossibile da rispettare, tanto più che i 120 giorni per l'udienza decorrono dalla data del provvedimento ammissivo – che non sempre è immediato dato che il tribunale deve svolgere una istruttoria seppur breve – e i 180 giorni per l'omologa dalla data del ricorso. Inoltre, se vi sono più proposte da sottoporre ai creditori il termine per le votazioni può andare ben oltre quello di cui all'art. 178 qualora nessuna delle proposte raggiunga la maggioranza assoluta, giacchè, in tal caso, *“il giudice delegato, con decreto da adottare entro trenta giorni dal termine di cui al quarto comma dell'articolo 178, rimette al voto la sola proposta che ha conseguito la maggioranza relativa dei crediti ammessi al voto, fissando il termine per la comunicazione ai creditori e il termine a partire dal quale i creditori, nei venti giorni successivi, possono far pervenire il proprio dissenso con le modalità previste dal predetto articolo”* (secondo periodo secondo comma art. 177).

Basta fare un semplice conteggio per capire come nel termine di cui all'art. 181 possa non arrivarsi neanche a concludere le votazioni, qualora il tribunale utilizzi i termini massimi di legge. Presentato, invero, un ricorso contenente una proposta di concordato preventivo, il tribunale entro 10 giorni (ma il più delle volte il margine temporale è più lungo) emette il decreto di ammissione e fissa l'udienza al 120° giorno, per cui la stessa viene tenuta dopo 130 giorni dalla presentazione del ricorso, che diventano 150, dovendo attendere altri 20 giorni qualora non siano raggiunte le maggioranze; nel frattempo sono state presentate due proposte concorrenti e nessuna della tre sul tappeto raggiunge le maggioranze, nè in udienza né nei 20 giorni di cui all'art. 178, per cui, entro i 30 giorni successivi emette il decreto per mettere al voto la proposta che ha conseguito la maggioranza relativa, dando il termine di 10 giorni per la comunicazione e di 20 per il voto, e passano così altri 60 giorni che, sommati ai 150 già decorsi, si arriva a 210 giorni dalla presentazione del ricorso. Ben oltre, cioè, i sei mesi entro i quali dovrebbe intervenire l'omologazione, il cui procedimento, richiederà evidentemente altro tempo, specie se vi sono opposizioni.

Il minimo da fare è allungare il termine di cui all'art. 181 adeguandolo alla nuova realtà.

**4.b** Il commissario giudiziale deve predisporre una relazione particolareggiata sulle cause del dissesto, sulla condotta del debitore, sulle proposte di concordato e sulle garanzie offerte ai creditori, e depositarla in cancelleria *almeno quarantacinque giorni prima dell'adunanza dei creditori* (art. 172, co. 2) e nello stesso termine deve comunicarla a mezzo posta elettronica certificata a norma dell'articolo 171, secondo comma.

Questa anticipazione del termine per il deposito della relazione è priva di valida giustificazione, anzi dannosa.

In primo luogo attarda la procedura. Anticipata, infatti, la relazione a 45 giorni prima dell'adunanza, considerato che il commissario per redigere la relazione deve avere svolto le dovute indagini oltre a redigere l'inventario, ne consegue che il tribunale, anche avendone la disponibilità, non potrà fissare detta adunanza prima di 80/90 giorni dalla emissione del provvedimento ammissivo. Inoltre una relazione anticipata di tanto rispetto all'udienza richiederà necessariamente aggiornamenti essendo un dato di comune esperienza che proprio negli ultimi giorni antecedenti la riunione dei creditori si definiscono alcune delle situazioni più rilevanti; non a caso nella vecchia legge fallimentare questo termine era di tre giorni, portato a dieci nel 2012.

Il mantenimento di questo ultimo termine di 10 giorni per il deposito della relazione, ampiamente sufficiente per i creditori per svolgere le loro valutazioni, sarebbe tanto più opportuno nel nuovo sistema in cui i creditori possono presentare proposte concorrenti fino a trenta giorni prima dell'adunanza dei creditori, e tutti, compreso il debitore, possono modificare le loro proposte fino a quindici giorni prima dell'adunanza dei creditori (giusto il nuovo disposto dell'ult. parte del secondo comma dell'art. 172, con conseguente abrogazione de secondo comma dell'art. 175, che consentiva tale facoltà fino all'inizio delle operazioni di voto). In questo scadenario sarebbe molto più logico attribuire al commissario la possibilità di presentare un'unica relazione comparativa, fino a dieci giorni prima dell'adunanza, senza costringerlo al tour de force di nuove relazioni per ogni proposta ed ogni modifica che sopravviene, come richiede il nuovo art. 172. Inoltre

una relazione unica e comparativa tra le più proposte sarebbe di maggiore supporto per i creditori ai fini della valutazione del voto da esprimere; con il sistema attuato, invece, i creditori disporranno di una prima relazione sulla proposta del debitore e poi potranno riceverne altre, il che, oltre a creare un certo disorientamento, impone un lavoro di coordinamento più complesso.

Lo scopo dichiarato (nella Relazione accompagnatoria) di questa anticipazione è quello di consentire ai creditori che siano interessati a presentare una proposta alternativa (o offerte concorrenti) di avvalersi delle informazioni raccolte dal commissario, ma questi, già a norma del secondo comma dell'art. 165, può fornire ai creditori richiedenti elementi per svolgere una più approfondita due diligence ai fini anche della predisposizione e della presentazione, con la possibilità quindi di accedere a dati anche più riservati di quelli che vengono trasferiti nella relazione.

\*

In conclusione ed estrema sintesi, a mio avviso:

- a.** le proposte concorrenti vanno meglio definite con la omogeneità alla proposta originaria e limitate ai concordati con cessione dei beni, o, comunque con esclusioni di quelli con continuità diretta, altrimenti la norma è a rischio di fondati sospetti di incostituzionalità;
- b.** comunque, anche in tal senso delimitate, esse sono incompatibili con il sistema di voto del silenzio assenso in cui si inserisce una apposita adunanza dei creditori, da cui l'alternativa molto netta: o si elimina il criterio del silenzio assenso o si eliminano le proposte concorrenti;
- c.** ad ogni modo, le modalità della proposizione, della valutazione e la tempistica stabilita, sono da rivedere a fondo.

\*\*\*\*\*

**Art. 163bis L.F. inserito dall'art. 2, co. 1, del d.l. 83/15.**

Apprezzabile e condivisibile la previsione delle offerte concorrenti, ma credo che il legislatore abbia perso un'occasione per un intervento molto più urgente e nevralgico di quello fatto per accelerare la liquidazione, e cioè prevedere e regolamentare la possibilità dell'affitto e della vendita dell'azienda o di rami della stessa già nella fase della pendenza del termine del concordato con riserva e nella fase fino all'omologa del concordato pieno, la cui carenza rischia di deprimere le liquidazioni nella fase iniziale del concordato.

Per la verità, l'ultimo comma della nuova norma prevede l'estensione, in quanto compatibile, della disciplina contenuta nei commi precedenti all'affitto di azienda o di uno o più rami d'azienda e alle cessioni nella fase del concordato con riserva, ma questo accenno è del tutto insufficiente, perché la vendita prima dell'omologa contemplata nell'art. 163bis è solo quella che attiene ad una proposta chiusa (che già contempra tale possibilità), nel mentre l'utilità di chiudere una trattativa di vendita può presentarsi anche in un concordato con cessione dei beni che non individui già il compratore, a seguito di una offerta di un soggetto interessato, che spesso passano attraverso una prima fase di affitto. Non si può, cioè, regolamentare soltanto il concordato chiuso senza intervenire sull'affitto e sulla vendita dell'azienda o rami di azienda ante omologa, con una regolamentazione autonoma e completa di questi due istituti, inserendo nella vendita dell'azienda l'ipotesi del concordato con acquirente già individuato.

Queste operazioni (affitto e vendita di azienda o rami della stessa), oggi non regolamentate nel concordato, vengono nella prassi praticate in quanto rientranti comunque tra gli atti di straordinaria amministrazione, ma risentono della difficoltà degli organi giudiziari competenti di assumersi una responsabilità di non poco conto, quale è quella di autorizzare, senza il supporto di una normativa che lo preveda espressamente in una fase ancora preliminare, lo svuotamento dell'impresa degli *assets* più importanti. Peraltro, nella fase concordataria le autorizzazioni al compimento di atti straordinari vengono date dal giudice delegato (art. 167) e non è neanche giusto addossare su un

organo monocratico una responsabilità così pesante e foriera di responsabilità (sarebbe, pertanto, opportuno inserire, alla fine del secondo comma dell'art. 167, la precisazione che l'affitto e la vendita dell'intero complesso aziendale o di suoi rami compiuti senza l'autorizzazione scritta del tribunale sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato).

Ma ciò che occorre sono, come si diceva, disposizioni che delineino l'istituto dell'affitto e della vendita di azienda o di rami di azienda in pendenza del termine di cui al sesto comma dell'art. 161 e in pendenza del concordato pieno nella fase anteriore all'omologa.

Che l'affitto di azienda, per la sua peculiarità, richieda un'autonoma regolamentazione, come è stato fatto nel fallimento con l'introduzione dell'art. 104bis, non vi è dubbio in quanto bisogna cercare un giusto, quanto delicato, equilibrio tra le esigenze di urgenza della procedura e le aspettative dell'affittuario,

In primo luogo, infatti, nel concordato l'affitto o non è configurabile, come nel concordato con continuità diretta, o deve essere considerato come una tappa per arrivare alla vendita nei concordati con cessione di beni o con continuità indiretta; anzi questa poteva essere l'occasione per escludere normativamente la riconducibilità nel paradigma della continuità aziendale di cui all'art. 186bis dei contratti di affitto di azienda che non comprendano un impegno all'acquisto, così come la prevalente giurisprudenza di merito e la dottrina sostengono, ritenendo che solo quando l'affitto è finalizzato alla conclusione di un contratto di cessione dell'azienda in favore dell'affittuario, si può discutere se rientra nella sfera d'azione dell'art. 186bis, nella forma della continuità indiretta, l'intervento immediato e tempestivo che assicura la continuazione dell'attività d'impresa da parte di un nuovo imprenditore.

Sarebbe, quindi opportuno la precisazione che all'affitto di azienda o rami della stessa si può ricorrere, sia nei concordato con continuità indiretta che con cessione dei beni, solo quando sia finalizzato ad attuare una valorizzazione dei valori aziendali. Ovviamente, se l'affitto non deve essere fine a se stesso ma propedeutico alla vendita, dovrebbe essere

chiarito, per un verso, che l'affitto debba essere accompagnato da una proposta di acquisto irrevocabile a prezzo congruo, e per altro verso, dovrebbero essere indicate le garanzie che l'affittuario deve offrire per assicurare il pagamento del canone e del prezzo di acquisto.

A questo punto, tuttavia, bisogna anche dare all'affittuario, se non la sicurezza, l'alta probabilità che egli diventi anche acquirente dell'azienda, altrimenti non è incentivato a fare investimenti, senza tuttavia mortificare la competitività al momento della vendita escludendo l'intervento di altri interessati. Tutto questo non può essere fatto con il generico rinvio contenuto nell'ult. comma dell'art. 163*bis*, ma richiede una apposita norma che delinei l'attribuzione, pattizia o legale, di un diritto di prelazione all'affittuario, le modalità di esercizio, e così via.

Bisognerebbe, infine, stabilire se è utile individuare i criteri di scelta dell'affittuario, come viene disposto nel secondo comma dell'art. 104*bis*, oppure se tralasciare una previsione del genere in considerazione del fatto che l'affittuario è indicato dallo stesso debitore che ha già trattato o raggiunto un accordo di massima; dettare la regolamentazione della forma e il contenuto del contratto con eventuale disapplicazione di parte della normativa civilistica sulla circolazione dell'azienda, della durata massima del contratto di affitto, degli effetti della retrocessione, ecc.

L'esigenza di regolamentare la vendita anticipata dell'azienda o rami della stessa è ancora di più immediata percezione, essendo ovvio che la rapida riallocazione dell'azienda costituisce un valore che, specie in alcuni settori merceologici, può rapidamente dissolversi. Se il debitore non ha proposto un concordato con continuità diretta, per cui bisogna pervenire alla vendita, è tanto più vantaggioso farlo il prima possibile per preservare quell'assetto produttivo destrutturato e rapporti esterni pesantemente deteriorati, affidando a terzi la ristrutturazione.

Si tratta di trovare, anche qui un giusto equilibrio tra urgenza e competitività, che, a sua volta, è uno strumento di garanzia per i creditori. E questo fine può realizzarsi solo

attraverso una apposita disposizione che preveda la vendita dei complessi aziendali o di suoi rami prima dell'omologa, improntata al principio della competitività, facendo però salva la possibilità di escluderla quando dalla vendita competitiva possa derivare un ritardo pregiudizievole all'interesse dei creditori, che è concetto già utilizzato dal legislatore nel sesto (oggi settimo) comma dell'art. 104ter, lì dove consente la liquidazione già prima della approvazione del programma, *“solo quando dal ritardo puo' derivare pregiudizio all'interesse dei creditori?”*.

La stessa norma dovrebbe altresì dettare le regole della vendita competitiva, disponendo chi vi procede, le modalità e la sanzione in caso di violazione; non deve, infatti dimenticarsi che nella fase del concordato con riserva o nella fase ante omologa del concordato pieno il debitore mantiene la disponibilità dei propri beni, seppur sotto la vigilanza del commissario, per cui non sono trasferibili in automatico le disposizioni dettate per la vendita dell'azienda nel fallimento dall'art. 105.

Comunque dell'art. 105 può benissimo riprendersi il terzo comma sulle consultazioni sindacali e il comma quarto che esclude la responsabilità dell'acquirente per i debiti relativi all'esercizio delle aziende cedute, sorti prima del trasferimento; norma fondamentale, altrimenti nessuno acquista una azienda da una impresa in crisi se deve accollarsi anche i debiti. E' vero che l'art. 105 è richiamato dall'art. 182, ma quest'ultimo regola l'esecuzione del concordato con cessione dei beni, per cui solo in via interpretativa può essere applicata alla fase precedente all'omologa e a concordati diversi da quelli con cessione dei beni, per cui quanto mai opportuna sarebbe la espresa previsione.

In più sarebbe utile consente, sempre al fine di agevolare le vendite, di rateizzare il pagamento del prezzo dell'acquisto, con le dovute garanzie e altra modalità di pagamento del prezzo e prevede un qualche incentivo previdenziale per l'impegno a proseguire l'attività e mantenere i livelli occupazionali per un certo periodo (potrebbe essere un biennio, ma potrebbe essere superiore o inferiore), dal momento che solo l'art. 63 del D.lgs n. 270 del 1999 stabilisce, nell'amministrazione straordinaria, che *“l'acquirente deve*

*obbligarsi a proseguire per almeno un biennio le attività imprenditoriali e a mantenere per il medesimo periodo i livelli occupazionali stabiliti all'atto della vendita*"; impegno collegato al fatto che se l'azienda è in esercizio, la valutazione della stessa “deve tenere conto della redditività, anche se negativa, all'epoca della stima e nel biennio successivo”, che sarebbe altro criterio importabile nella fattispecie.

La nuova dizione del quinto comma dell'art. 182 – che ora è applicabile anche alle vendite, alle cessioni e ai trasferimenti legalmente posti in essere dopo il deposito della domanda di concordato, oltre che a quelle effettuate in corso di esecuzione – consentirebbe la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni pregiudizievoli anche per le vendite ante omologa, senza una ulteriore specifica disposizione.

In questo contesto si può inserire, allo scopo di massimizzare la *recovery* dei creditori, l'ipotesi delle offerte concorrenti in un concordato chiuso (quello di cui tratta l'art. 163bis), che contenga, cioè, già al momento della domanda, un accordo per la vendita dell'azienda o di rami della stessa. Il legislatore, invece, ha fatto la scelta asfittica di concentrarsi soltanto su questo aspetto dettando, peraltro, una regolamentazione che non brilla per chiarezza e coerenza, a cominciare dal suo *incipit*.

La nuova norma, infatti, così inizia: *“Quando il piano di concordato di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e) comprende una offerta da parte di un soggetto già individuato avente ad oggetto il trasferimento in suo favore e verso un corrispettivo in denaro dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni, il commissario è tenuto a valutare, motivando le proprie conclusioni, la congruità dell'offerta, tenuto conto dei termini e delle condizioni della stessa, del corrispettivo e delle caratteristiche dell'offerente”*.

Non si capisce perché si sia posta l'attenzione sull'offerta da parte di un soggetto già individuato prevista nel piano e non si faccia riferimento alla proposta concordataria o direttamente al contenuto del piano, posto che il debitore, nel momento in cui propone un concordato ai creditori basato su un piano che si rifà ad una offerta di acquisto da

parte di un terzo, ha evidentemente accettato quella offerta, tanto da proporre ai creditori di soddisfare gli stessi con il ricavato della vendita già conclusa, o in via definitiva o in preliminare secondo le modalità esposte nel piano. Inspiegabile rimane, peraltro, il comma secondo lì dove precisa che *“L’offerta di cui al primo comma (ossia quella del terzo individuato) diviene irrevocabile dal momento in cui viene modificata l’offerta in conformità a quanto previsto dal decreto di cui al presente comma (quello che dispone la procedura competitiva) e viene prestata la garanzia stabilita con il medesimo decreto”*, per cui sembrerebbe che prima di tale momento l’offerta del terzo, benchè accettata dal debitore controparte sia revocabile; anzi, se manca l’apertura di un procedimento competitivo perché l’offerta è ritenuta congrua, la stessa sarebbe sempre revocabile. Anche dopo la votazione dei creditori o l’omologa?

Inoltre parlando di offerta del soggetto già individuato, la norma non tiene conto che l’iniziativa potrebbe essere partita proprio dal debitore concordatario che abbia fatto una offerta ad un terzo, che l’ha accettata, per cui il debitore propone un concordato fondato su quell’accordo, che è il risultato che interessa, più che da chi sia partita l’iniziativa dell’offerta.

Ad ogni modo, il dato rilevante che emerge da questa parte della norma è che si demanda al commissario un giudizio di congruità dell’offerta prevista nel piano predisposto dall’impresa in crisi, il che equivale a dire che il commissario è tenuto a valutare la congruità della proposta concordataria ogni volta che la proposta contempli la vendita dell’azienda o di rami della stessa o di beni a soggetti già individuati; e, poiché il commissario deve svolgere detta valutazione *“tenuto conto dei termini e delle condizioni della stessa, del corrispettivo e delle caratteristiche dell’offerente”*, il giudizio a lui demandato investe sia la fattibilità che la convenienza della proposta. Si attribuisce, cioè al commissario, nei casi di proposte che già prevedano un acquirente anche di beni e non soltanto di aziende o rami della stessa, una responsabilità non indifferente, ben superiore a quella ordinaria a lui attribuita dall’art. 172, per il quale il commissario giudiziale redige l’inventario del

patrimonio del debitore e una relazione particolareggiata sulle cause del dissesto, sulla condotta del debitore, sulle proposte di concordato e sulle garanzie offerte ai creditori.

Una valutazione così invasiva si potrebbe anche giustificare in presenza di altre offerte dovendo, in tal caso, il commissario effettuare una valutazione comparativa tra le stesse al fine di indirizzare i creditori nella espressione del voto, ma come è strutturata la norma, sembra di capire che, qualora la proposta concordataria contempli il trasferimento in favore di persona già individuata e verso un corrispettivo in denaro dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni, tale indagine debba sempre essere svolta dal commissario, indipendentemente dalla presenza di altre offerte concorrenti. Il primo comma dell'art. 163bis prevede, infatti, che nei casi indicati il commissario è tenuto a valutare, motivando le proprie conclusioni, la congruità dell'offerta, tenuto conto dei termini e delle condizioni della stessa, del corrispettivo e delle caratteristiche dell'offerente. E' vero che, nel prosieguo dello stesso comma, si dice che *“nel caso in cui il commissario ritenga, alla luce di manifestazioni di interesse comunque pervenute, del valore dell'azienda o del bene, che l'offerta contemplata dal piano possa non corrispondere al miglior interesse dei creditori, chiede al tribunale, con istanza motivata, di aprire un procedimento competitivo”*, ma, come si vede, la presenza la manifestazione di interesse da parte di terzi non è posta come condizione per richiedere la l'apertura del procedimento competitivo, ma soltanto uno degli elementi di valutazione, insieme al ritenuto effettivo valore dell'azienda e del bene, che la proposta iniziale non possa non corrispondere al miglior interesse dei creditori.

Ovviamente in questo caso un procedimento competitivo di vendita, che presuppone una adeguata pubblicità, servirebbe proprio a reperire eventuali ulteriori interessati. E questo intento emerge chiaro dal secondo comma lì dove si precisa che *“Il decreto che dispone l'apertura del procedimento competitivo stabilisce le modalità di presentazione di offerte irrevocabili, prevedendo che ne sia assicurata in ogni caso la comparabilità, i requisiti di partecipazione degli offerenti, le forme e i tempi di accesso alle informazioni rilevanti ....”*.

In questo modo si demanda al commissario di stabilire se si debba mantenere e proseguire con la proposta fatta o aprire una procedura competitiva, ed è facile pronosticare che difficilmente un commissario si assumerà la responsabilità di precludere lo svolgimento di una gara, che, teoricamente può assicurare un risultato più vantaggioso per i creditori. A questo punto, tanto valeva prevedere sempre una procedura competitiva, in tempi abbreviati, facendo salve le situazioni in cui il ritardo avrebbe determinato un pregiudizio per i creditori, oppure riservare la gara solo nel caso di offerte concorrenti o dichiarazione di intento a presentare offerte del genere. A mio avviso la cosa migliore sarebbe subordinare la gara alla presenza di altre offerte che siano superiori di un tot % a quella chiusa, in modo da scoraggiare chi non abbia un vero e proprio interesse all'acquisto e snellire la procedura perché un tale sistema limiterebbe di gran lunga reclami avverso provvedimenti lasciati alla valutazione abbastanza discrezionale degli organi concorsuali.

Si parla di organi perché, dopo tutto il discorso sulla valutazione di congruità e obbligo di motivazione da parte del commissario, che lascia presumere che a lui soltanto sia stata attribuita l'iniziativa, nella prima parte del secondo comma della norma è poi inspiegabilmente previsto che il tribunale può disporre anche d'ufficio l'apertura di un procedimento competitivo, *“tenuto conto del valore dell'azienda o del bene, nonché della probabilità di conseguire una migliore soddisfazione dei creditori”*; in tal modo, da un lato, si svuota il compito del commissario dato che il tribunale, indipendentemente dall'iniziativa di questi, può disporre una procedura competitiva e, dall'altro, si attribuisce al tribunale quel giudizio di congruità così pregnante di cui si è detto; il che è indubbiamente in contrasto col ruolo ora assegnato all'organo giudiziario nel concordato.

A tutto ciò è da aggiungere che la nuova norma manca di ogni previsione sulla sorte dei debiti, sui rapporti di lavoro, su eventuali incentivi in favore degli acquirenti, ecc., che, come si è detto, sono fondamentali.

\*\*\*\*\*

**Art. 169bis L.F., come modificato dall'art. 8, co. 1, lett. a), del d.l. 83 del 2015**

Questa norma, fin dalla sua introduzione nel 2012 con il Decreto Sviluppo, ha posto non pochi problemi interpretativi, il primo dei quali era quello di delimitarne con esattezza l'ambito di applicazione. L'art. 169bis, infatti, sia nella rubrica che nel testo, parlava di *“contratti in corso di esecuzione”*, che è formula diversa da quella utilizzata nell'art. 72, che parla, nella rubrica di *“rapporti pendenti?”* e nel testo di *“contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti da entrambe le parti”*.

Da questa differenza lessicale si era tratta la convinzione che la norma concordataria avesse uno spettro applicativo più ampio di quella fallimentare, tale da comprendere anche i contratti unilaterali o con prestazioni a carico di una sola parte, cui venivano aggiunte altre considerazioni di minor valore a supporto. Io sono stato sempre di diverso avviso ritenendo che l'argomento letterale era agevolmente superabile considerando che il legislatore nell'art. 72 ha usato la formula più completa perché quella era la *sedes materiae* della regolamentazione dei rapporti contrattuali, per poi riprendere in altre occasioni formule più semplici quali *“rapporti o contratti pendenti?”*, come nella stessa rubrica dell'art. 72, o nel comma settimo dell'art. 104, per il quale *“Durante l'esercizio provvisorio i contratti pendenti proseguono, salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli?”*, o nel comma sesto dell'art. 104bis, per il quale *“Ai rapporti pendenti al momento della retrocessione (dell'azienda data in affitto) si applicano le disposizioni di cui alla sezione IV del Capo III del titolo II”*, ove è indubbio che il significato di contratti pendenti sia quello di contratti non interamente eseguiti da entrambe le parti, per concludere che il sintagma contratti in corso di esecuzione non potesse avere un significato diverso da quello di contratti pendenti.

A parte questa e altre collaterali argomentazioni, aggiungevo che, comunque, che l'art. 169bis non poteva che riguardare quei rapporti giuridici contrattuali la cui funzione economico sociale non si è ancora realizzata perché le prestazioni principali e qualificanti la fattispecie negoziale (e non quelle accessorie e marginali) dedotte nelle obbligazioni

contrattuali non hanno, al momento della pubblicazione della domanda di concordato, ricevuto compiuta esecuzione da parte di entrambi i contraenti. E ciò per la semplice ragione che nei rapporti in cui il fallito come il debitore concordatario da un lato o il contraente *in bonis*, dall'altro, abbiano, alla data della dichiarazione di fallimento o di pubblicazione della domanda di concordato, già integralmente adempiuto la prestazione a proprio carico, rimane un credito del fallito o del concordatario che potrà essere esatto o un credito del contraente *in bonis* che questi potrà insinuare al passivo o potrà chiedere che sia incluso tra i crediti da soddisfare nel concordato.

Il recente legislatore, per superare questo contrasto interpretativo, ha modificato la rubrica dell'art. 169*bis* da “*contratti in corso di esecuzione*” a “*contratti pendenti*” e tanto dovrebbe eliminare ogni residuo dubbio circa la coincidenza delle aree coperte dall'art. 72 e dall'art. 169*bis*, essendo evidente che se la rubrica dell'art. 169*bis* è ora corrispondente a quella dell'art. 72, che regola nel fallimento la sorte dei contratti non completamente eseguiti da entrambe le parti, anche la norma concordataria coinvolge la stessa area. Se, tuttavia, l'intento del legislatore era di apportare chiarezza su questo punto, non si capisce perché dell'art. 72 sia stata ripresa soltanto la rubrica e nel corpo della norma si continui a parlare di scioglimento di contratti in corso di esecuzione alla data della presentazione del ricorso e non di contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti da entrambe le parti alla data della presentazione del ricorso, riprendendo la medesima terminologia dell'art. 72.

Ad ogni modo rimane il problema della scadenza dei crediti all'atto della presentazione della domanda di concordato per il richiamo dell'art. 55 (compreso il secondo comma, per il quale i debiti pecuniari del fallito si considerano scaduti, agli effetti del concorso, alla data di dichiarazione del fallimento) nell'art. 169, sicché il debitore concordatario che ha contratto un mutuo scadenzato nel tempo, è costretto, ove voglia continuare l'attività, a rinegoziare con la banca mutuante un nuovo mutuo a condizioni più gravose per far fronte a quello in corso.

Diventa quindi determinante una norma di salvaguardia, nell'interesse sia per il debitore che per i creditori e delle stesse banche che può agevolmente trovarsi inserendo un secondo comma nell'art. 169, nel quale si dispone che l'art. 55, comma secondo, non si applica ai debiti pecuniari dell'imprenditore concordatario derivanti da mutui con scadenze rateizzate in corso al momento della presentazione della domanda di concordato con continuità aziendale. Il riferimento è ai mutui con scadenze rateizzate, e, quindi, prevalentemente a quelli bancari, in particolare quelli fondiari; la prosecuzione riguarda i soli concordati con continuità aziendale, non avendo senso mantenere le scadenze convenute in un concordato liquidatorio. E ciò senza scalfire il principio, di derivazione fallimentare, che la regolamentazione dei contratti può riguardare soltanto quelli c.d. pendenti secondo la definizione contenuta nell'art. 72.

Altro punto controverso nell'interpretazione dell'art. 169**bis** riguardava il momento in cui poteva essere esercitata detta facoltà, ritenendosi, da alcuni, che la relativa istanza di autorizzazione alla sospensione o allo scioglimento del contratto in corso dovesse essere necessariamente proposta dal debitore nel contesto del ricorso introduttivo e da altri che potesse essere proposta anche successivamente o al tribunale (prima della decisione sull'ammissione al concordato) o al giudice delegato.

Personalmente avevo sostenuto la prima tesi, ben conscio delle conseguenze negative che essa produceva, ma mi era sembrato che la formulazione legislativa non consentisse di richiedere la sospensione o lo scioglimento in pendenza dei procedimenti. La norma richiamata diceva, infatti, non che il debitore poteva chiedere al tribunale o, dopo il decreto di ammissione, al giudice delegato l'autorizzazione a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione, ma che il debitore *“può chiedere che il Tribunale o, dopo il decreto di ammissione, il giudice delegato lo autorizzi a sciogliersi”* da tali contratti, precisando, altresì, che tale richiesta doveva essere contenuta *“nel ricorso di cui all'art. 161”*. Secondo la dizione letterale della norma, quindi, la richiesta di scioglimento (o sospensione) doveva essere contenuta nel ricorso introduttivo e, quindi, non poteva essere presentata

successivamente al giudice delegato, che era indicato nella norma non come l'organo al quale poteva essere rivolta la richiesta, bensì quale l'organo che poteva dare l'autorizzazione una volta nominato, qualora non avesse già provveduto il tribunale al momento della decisione sul ricorso. Inoltre, l'anticipazione della richiesta al momento della presentazione del ricorso con l'elencazione in esso dei contratti da sciogliere, oltre ad essere sostenuta dal dato letterale, trovava, a mio avviso, conferma nella finalità seguita dal legislatore di attribuire natura concorsuale all'indennizzo conseguente allo scioglimento (o alla sospensione); infatti, solo ricollegando lo scioglimento o la sospensione al ricorso introduttivo si riusciva a dare una spiegazione della concorsualizzazione dell'indennizzo coerente con i principi generali, perché il debito da indennizzo si ricollegava ad un comportamento anteriore all'ingresso alla procedura, senza dover ricorrere a criteri di eccezionalità.

Con il recente intervento legislativo è stato precisato che *“Il debitore con il ricorso di cui all'articolo 161 o successivamente può chiedere che il Tribunale o, dopo il decreto di ammissione, il giudice delegato.....”*, con ciò risolvendo il pregresso contrasto di opinioni nel senso che lo scioglimento può essere chiesto non solo con il ricorso ma anche successivamente. Tutte le innovazioni che eliminano dubbi interpretativi vanno salutate con favore, ma rimane la difficoltà di conciliare la natura concorsuale del credito da indennizzo (che conservato tale qualificazione) per uno scioglimento che viene chiesto in pendenza di procedura, tanto più che è stato anche precisato che sia lo scioglimento che la sospensione del contratto hanno effetto dalla comunicazione del provvedimento autorizzativo all'altro contraente, sicché l'autorizzazione acquista natura costitutiva dato che produce i suoi effetti dalla comunicazione alla controparte. In tal modo diventa più arduo far risalire lo scioglimento ad un momento preconcordatario, tale da giustificare la natura concorsuale dell'indennizzo; anche, infatti, configurando l'autorizzazione come una sorta di condizione legale che rende operativa la volontà del debitore, rimane il fatto che tale

operatività, per espressa disposizione di legge, inizia dalla comunicazione che interviene in pendenza e in funzione della procedura concordataria.

Tale costruzione, invece, agevola la soluzione di altro problema, ossia chi sia tenuto ad effettuare la comunicazione dell'intervenuta autorizzazione, perché la stessa, più che essere considerata come un provvedimento del giudice depositato in cancelleria e da comunicare alle parti a cura del cancelliere, è un atto che, ricollegandosi alla volontà del debitore che esercita un diritto condizionato all'autorizzazione stessa, va dall'interessato comunicata alla controparte.

Da punto di vista tecnico va anche detto che, nel momento in cui si concede al debitore la possibilità di chiedere l'autorizzazione allo scioglimento anche successivamente alla presentazione del ricorso, bisogna anche fissare un limite temporale entro il quale il debitore dovrebbe esercitare il diritto di scelta circa la sorte dei contratti, tanto più che non è data al contraente *in bonis* la possibilità di metterlo in mora. Limite che nella nuova norma manca e che potrebbe essere quello nuovo stabilito per la modifica della proposta, che, ora, per il disposto del secondo comma dell'art. 172, è anticipato a quindici giorni prima dell'adunanza dei creditori.

E' stato infine introdotto un ultimo comma che regola le conseguenze dello scioglimento dei contratti di leasing, sullo schema dell'art. 72<sup>quater</sup>. Innovazione utile, ma rimane da capire *(i)* se tale regolamentazione è sostitutiva dell'indennizzo, o comunque questo è dovuto quale forma di risarcimento per l'anticipato scioglimento del contratto, posto che nel concordato, a differenza del fallimento in cui al curatore la legge attribuisce la facoltà di scelta tra subentro e scioglimento senza corrispettivo, lo scioglimento equivale a una forma di un recesso unilaterale, che, non essendo previsto contrattualmente dà luogo al risarcimento del danno (art. 1373 c.c.), identificato nell'indennizzo; *(ii)* quali siano le conseguenze dello scioglimento di contratti affini, quale ad esempio, un contratto di vendita con riserva di proprietà; si applicheranno le disposizioni dell'art. 73 l.f e dell'art. 1526 c.c.?

Nonostante questi interventi, utili anche se perfettibili, rimangono molte ombre ancora, che il legislatore non ha dissolto.

1. E' rimasto il silenzio in ordine all'utilizzo dello strumento dello scioglimento e/o sospensione anche nel concordato con riserva, che è il problema più dibattuto fin dall'introduzione dell'art. 169*bis*, stante, appunto, la mancanza di qualsiasi indicazione in proposito. A fronte dell'asserzione che la fattispecie del concordato con riserva è contenuta nella previsione dell'art. 169-*bis* per il richiamo al ricorso di cui all'art. 161, si è sempre obiettato: (i) la difficoltà ad anticipare in una fase iniziale, quando ancora il debitore non ha chiare le strategie da seguire, non solo la selezione dei rapporti giuridici da salvare e quelli da caducare, ma indicare, nella stessa fase, anche gli indennizzi da corrispondere ai rispettivi contraenti *in bonis*; (ii) il valore sostanziale, assoluto e definitivo dello scioglimento, incompatibile con la provvisorietà del concordato in bianco, che presuppone la concessione di un termine per completare una attività di predisposizione della proposta e del piano, che potrebbe anche non realizzarsi; (iii) la possibilità che alla scadenza del termine, il debitore potrebbe anche depositare una domanda di omologa di un accordo di ristrutturazione, nel quale la sorte dei rapporti contrattuali è regolata dalle parti e, comunque, non trova applicazione l'art. 169-*bis*, dettato esclusivamente per il concordato, e così via.

Nella giurisprudenza di merito si è andata consolidando l'idea che nella fase del concordato in bianco sia possibile soltanto la sospensione e non lo scioglimento, e questa soluzione sembra un giusto equilibrio tra i tanti motivi che si frappongono allo scioglimento in pendenza del termine ex art. 161, comma sesto, e che, invece, non ricorrono per la sospensione.

2. Permane il silenzio di qualsiasi indicazione in ordine ai criteri cui il giudice deve ispirarsi nel concedere l'autorizzazione, dato che per la fattispecie dei contratti pendenti non è prevista alcuna attestazione sulla utilità dello scioglimento e la funzionalità alla migliore

soddisfazione dei creditori, come nel caso dei finanziamenti e dei i pagamenti dei crediti anteriori. Sarebbe il caso di indicare un criterio.

3. E' rimasto il termine di sospensione di sessanta giorni, che non è coerente con la durata della fase del pre concordato. Sarebbe opportuno prevedere un termine identico in modo che alla chiusura della prima fase, la sospensione si possa saldare con la richiesta di definitivo scioglimento.

4. Nulla è detto sulla impugnabilità del provvedimento autorizzativo o che nega l'autorizzazione. Dovrebbe trovare applicazione l'art. 26, ma non è male precisarlo.

5. La previsione dell'obbligatoria instaurazione del contraddittorio o comunque dell'obbligo di sentire la controparte *in bonis* se, sotto il profilo teorico sembra una misura opportuna, nella prassi si è dimostrata del tutto inutile in quanto, per un verso, il contraente *in bonis* si trova in uno stato di soggezione giuridica, tale da non consentirgli di impedire l'effetto modificativo richiesto dal titolare del diritto, ossia subisce sostanzialmente la scelta dell'imprenditore in concordato alla quale può obiettare ben poco o nulla (sull'entità dell'indennizzo il giudice non può intervenire); e, per altro verso, il giudice può capire dalla documentazione se si tratta di un contratto pendente o meno, che rimane l'unica questione su cui il contraente interessato potrebbe esprimersi con ragione. Tuttavia, il giudice, se ha qualche dubbio, può ben convocare la controparte per chiarirlo, ma l'obbligatorietà dell'audizione corre il rischio soltanto di allungare inutilmente i tempi della decisione e, a volte, l'autorizzazione allo scioglimento non può attendere.

Qualora, comunque, si ritenga che non si possa prescindere dall'audizione del contraente *in bonis*, il contemperamento di interessi tra la rapidità della decisione e la tutela del terzo può realizzarsi prevedendo che il contraddittorio con la controparte contrattuale non debba essere necessariamente preventivo non risultando contrario ai principi processuali (sia in rapporto agli artt. 669**bis** e ss. c.p.c., sia in rapporto alle norme sui procedimenti

camerali) la scissione fra una fase d'urgenza inaudita altera parte ed una successiva, condotta nel contraddittorio e volta all'approfondimento del merito della vicenda.