

LE PROPOSTE E LE OFFERTE CONCORRENTI

di

Giuseppe Bozza

(Presidente del Consiglio Scientifico "Fe&S")

SOMMARIO:

I. Le proposte concorrenti.

1. Proposte concorrenti ed offerte concorrenti. Caratteristiche generali.
2. le proposte concorrenti. Coerenza del sistema e dubbi di illegittimità costituzionale.
3. La legittimazione alla presentazione delle proposte concorrenti.
4. La condizione di ammissibilità delle proposte concorrenti. Le soglie di ammissibilità, pagamento e classazione.
5. La condizione di ammissibilità delle proposte concorrenti. L'obbligo di assicurare il pagamento delle percentuali.
6. La condizione di ammissibilità delle proposte concorrenti. Limiti del controllo dell'autorità giudiziaria.
7. Il contenuto delle proposte concorrenti. La rinuncia del debitore.
8. Il procedimento e la tempistica:
 8. A. Data dell'adunanza dei creditori e termine per l'omologazione;
 8. B. Compiti del commissario inerenti le proposte concorrenti;
 8. C. Approvazione: C.1. Adunanza; C.2. Votazione e maggioranze; C.3. Abolizione del silenzio assenso; C.4. Il voto del creditore proponente; C.5. L'omologazione.
9. L'esecuzione del concordato in caso di omologa di una proposta concorrente.

II. Le offerte concorrenti.

10. La liquidazione anticipata.
11. Ambito di operatività dell'art. 163-*bis*.
12. Il decreto che dispone l'apertura del procedimento competitivo.
13. La scelta dell'offerta e l'attuazione.

I. LE PROPOSTE CONCORRENTI.

1. Proposte concorrenti ed offerte concorrenti. Caratteristiche generali.

“Ritenuta la straordinaria necessità e urgenza di rafforzare le disposizioni sull'erogazione di provvista finanziaria alle imprese in crisi, di promuovere la contendibilità delle imprese in concordato preventivo in modo da incentivare condotte virtuose dei debitori in difficoltà e favorire esiti efficienti ai tentativi di ristrutturazione, di rafforzare i presidi a garanzia della terzietà ed indipendenza degli incaricati (curatori fallimentari, commissari giudiziali) che affiancano il giudice nella gestione delle procedure concorsuali, di prevedere la possibilità di concludere nuove tipologie di accordo di ristrutturazione del debito...”.

Questo passo del preambolo del d.l. 27 giugno 2015 n. 83 esprime le finalità che il legislatore si proponeva di realizzare in materia fallimentare con l'emanazione del decreto; alcune di queste intenzioni sono cadute strada facendo nel percorso per la conversione¹, altre non sono, stranamente, elencate nel passo riportato², altre sono state realizzate e rafforzate con la legge 6 agosto 2015 n. 132, entrata in vigore il 21 agosto 2015, di conversione del decreto.

Tra queste ultime può sicuramente annoverarsi l'idea di aprire il concordato alla concorrenza, che ha trovato la più concreta espressione nella previsione delle proposte e delle offerte concorrenti, entrambe finalizzate a massimizzare la *recovery* dei creditori concordatari ed a mettere a disposizione degli stessi una possibilità ulteriore rispetto a quella di accettare o rifiutare la proposta del debitore.

La differenza tra i due nuovi istituti, come si deduce dalla terminologia utilizzata, è netta: in linea di massima, con le proposte concorrenti si consente ai creditori che abbiano determinate caratteristiche di porsi in competizione con il debitore concordatario presentando una proposta di concordato alternativa da sottoporre all'assemblea dei

¹ Ad esempio l'intento di rafforzare i presidi a garanzia della terzietà ed indipendenza degli incaricati che affiancano il giudice nella gestione delle procedure concorsuali, che si era concretato nel divieto, introdotto nell'art. 28 l.fall., di nominare curatore chi avesse svolto la funzione di commissario giudiziale a procedura di concordato per il medesimo debitore ha subito un forte ridimensionamento con la abolizione di tale divieto nella legge di conversione; abolizione sicuramente intervenuta alla luce della corretta lettura delle modifiche apportate dalla legge di conversione n. 132 del 2015, nonostante il divieto sia ancora riportato nel Testo coordinato del decreto legge pubblicato nella G.U..

² Intendo riferirmi alla accelerazione cui tendono le nuove norme che riguardano la procedura fallimentare; da quella sui nuovi termini per la redazione del programma di liquidazione e per la liquidazione (art. 104-ter) a quella sulla priorità da dare alle cause in cui è parte una procedura fallimentare (art. 43) e alla possibilità di chiudere, in alcuni casi, il fallimento nonostante siano ancora pendenti cause (art. 118), per finire alla c.d. revocatoria degli atti a titolo gratuito attuata con la trascrizione della sentenza di fallimento di cui all'art. 64 l.fall., ecc..

creditori, che potranno quindi scegliere tra le più proposte presenti quella che ritengono preferibile; con le offerte concorrenti si consente ai terzi di inserirsi nel procedimento di liquidazione dei beni anche lì dove il piano concordatario comprenda una offerta da parte di un soggetto già individuato avente ad oggetto il trasferimento in suo favore verso un corrispettivo in denaro o comunque a titolo oneroso dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni e, quindi, permette a terzi di porsi in competizione, non con il debitore, ma con il soggetto già individuato dal debitore concordatario come cessionario dell'azienda, di uno o più rami d'azienda oppure di singoli beni, presentando una offerta migliorativa nel pieno rispetto del piano del debitore³. Di conseguenza, nel primo caso, la concorrenza si attua dando ai creditori chiamati al voto la possibilità di scelta tra la proposta e il piano presentati dal debitore e quelli introdotti da altri creditori, nel mentre, nel secondo, ai creditori viene sottoposta una sola proposta, che è quella che recepisce l'offerta risultante migliore, secondo una selezione di cui si dirà, tra le varie offerte pervenute, cui il piano originario deve conformarsi.

Da questo quadro si deduce la possibilità di interazioni tra proposte e offerte concorrenti, sia nel senso che su una proposta preconfezionata del debitore si innestino offerte concorrenti e poi arrivino altre proposte alternative, sia nel senso che le offerte si inseriscano all'interno di una proposta preconfezionata di un terzo.

La prima fattispecie non presenta particolari problemi perché si inserisce nel contesto normativo esistente che regola le offerte concorrenti a quella posta a base della proposta del debitore, per cui si tratta di aprire e svolgere la competizione tra le più offerte, con le conseguenze di legge che si diranno, in modo che ai creditori verranno sottoposte la proposta del debitore, come integrata dal risultato della gara tra i più offerenti, e l'altra (o

³ Per gli esperti di economia aziendale (cfr. G. Savioli, *Concorrenza nel mercato e per il mercato delle crisi d'impresa. Le innovazioni del D.L. 83/2015 per la procedura di concordato preventivo*, in www.ilcaso.it 30.10.2015) con le proposte concorrenti il legislatore ha attuato un intervento molto simile “a quello che la teoria economica ha individuato per recuperare i benefici della concorrenza nel caso di monopoli naturali: quando non è possibile che la concorrenza possa avvenire “nel” mercato, a causa condizioni strutturali o tecnologiche che impediscono il confronto quotidiano e continuativo fra diversi operatori, i relativi vantaggi sono ricercati mettendo in gara i diversi competitor per aggiudicarsi “il” mercato, ossia il diritto ad operarvi in via esclusiva”, nel mentre le offerte concorrenti rappresentano “una tradizionale applicazione del regime di concorrenza “nel” mercato del singolo fattore produttivo od utilità posta in vendita: tutti gli interessati potranno partecipare attraverso una gara per la sua aggiudicazione, attivando così il più immediato e diretto meccanismo concorrenziale”.

le altre) proposta concorrente, tra le quali essi sceglieranno quella più conveniente attraverso la votazione.

Più complessa è la seconda fattispecie ipotizzata perché non regolata dalla legge ponendosi, in questo caso, le offerte in concorrenza non con quella posta a base della proposta del debitore, su cui è modellato il meccanismo normativo della concorrenza, ma con quella su cui è fondata la proposta alternativa del terzo.

E' chiaro che la gestione di una situazione del genere non sarà agevole, specie se sono presenti più proposte concorrenti predeterminate, ma i disagi sono più pratici che giuridici. Si dovranno, infatti, aprire più competizioni, una per ogni gruppo di offerte riferite a ciascuna proposta⁴, per pervenire sempre al solito risultato di identificare nel loro contenuto le proposte da sottoporre al voto dei creditori; il che, seppur con non pochi disagi, si può realizzare anche nei tempi ristretti in cui bisogna operare.

Dal punto di vista giuridico si può superare l'ostacolo letterale della legge che parla soltanto dell'offerta del debitore, ritenendo che, in ciascuna gara, il proponente assume il ruolo, che nella previsione normativa, è attribuito al debitore proponente. Di conseguenza, il tribunale dovrà predisporre tanti decreti di apertura delle competizioni quante sono le proposte preconfezionate nelle quali siano state presentate offerte concorrenti; colui che ha fatto l'offerta posta a base della proposta nell'ambito della quale la competizione si innesta, per partecipare alla gara dovrà modificare l'offerta in conformità dal decreto del tribunale; colui che ha presentato la proposta, sia esso il debitore che il terzo, rispetto alla quale si è svolta la competizione, dovrà modificare la proposta e il piano di concordato in conformità all'esito della gara se vorrà che la sua proposta sia portata alla votazione, e, infine, colui che ha fatto la prima posta alla base di una proposta concorrente sarà liberato dalle obbligazioni eventualmente assunte nei confronti del proponente stesso ove venga scelta, all'esito della gara, altra offerta, e avrà diritto al rimborso delle spese e dei costi sostenuti per la formulazione dell'offerta (nel limite che si dirà) alla ulteriore condizione che sia scelta la proposta cui lui era interessato⁵.

⁴ L'offerta migliorativa non potrà essere generalizzata, ma deve necessariamente inserirsi all'interno della offerta posta a base di ciascuna proposta, che può essere quella del debitore (come nel caso precedente) o di un terzo.

⁵ Questa condizione non è prevista dall'art. 163-bis, che ammette tale rimborso per il caso dell'unica proposta del debitore, nella quale si siano innestate più offerte; ma nel momento in cui si ammette l'interazione tra proposte e offerte e si consente la presentazione di offerte anche nell'ambito di una proposta concorrente, è chiaro che il presupposto indispensabile per un rimborso a carico della massa diventa la scelta da parte dei creditori proprio di quella proposta, perché se a questa ne viene preferita altra, il rapporto tra il proponente e l'offerente è strettamente privatistico tra loro due.

In conclusione, seppur con qualche divergenza di dettaglio (come sul punto del rimborso appena accennato), condivido l'opinione che *“l'applicazione della disciplina delle offerte concorrenti anche alla proposta concorrente incontra ostacoli applicativi sensibili, tanto da dover operare nei limiti della compatibilità, ma non da dover legittimare conclusioni negative preconcelte, che potrebbero limitare notevolmente il successo dei nuovi istituti, operando sulla struttura degli incentivi in modo selettivo”*⁶.

2. Le proposte concorrenti. Coerenza del sistema e dubbi di illegittimità costituzionale.

La possibilità per i creditori di presentare proposte di concordato preventivo concorrenti rispetto a quella formulata dal debitore è stata introdotta dall'art. 3 del d.l. n. 83 del 2015 che ha arricchito di quattro commi il corpo dell'art. 163.

Come già si intuisce dagli accenni fatti, il legislatore, con tale istituto, non dà ai creditori la possibilità di presentare una domanda autonoma di concordato preventivo, prima che lo abbia fatto il debitore in crisi, ma si limita a consentire che i creditori, a determinate condizioni che si vedranno, possano presentare proposte di concordato preventivo alternative a quella già depositata dal debitore. E' rimasta, quindi, inalterata la prescrizione normativa che attribuisce al solo debitore la legittimazione alla presentazione del concordato preventivo⁷, a differenza di quanto stabilito dall'art. 124 l.fall., per il quale ciascun creditore o un terzo può presentare una domanda di concordato fallimentare anche prima del decreto che rende esecutivo lo stato passivo, nel mentre la stessa proposta non può essere presentata dal fallito, da società cui egli partecipi o da società sottoposte a comune controllo se non dopo il decorso di un anno dalla dichiarazione di fallimento.

⁶ D. Galletti, *Speciale decreto n. 83/2015 - le proposte concorrenti nel concordato preventivo: il sistema vigente saprà evitare il pericolo di rigetto?* in www.ilfallimentarista.it, 15.9.2015.

⁷ Almeno al momento, perchè nella bozza di legge delega messa a punto dalla Commissione Rordorf si preveda che la procedura concordataria possa essere promossa anche da terzi quando il debitore versi in stato di insolvenza.

Negli Stati Uniti, che è il modello frequentemente richiamato, è data sì ai creditori la possibilità di presentare proposte concorrenti anche in assenza della proposta del debitore, ma 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*).

Differenza che si spiega agevolmente con la considerazione che, mentre il concordato fallimentare presuppone l'accertamento dello stato di insolvenza del debitore attraverso la dichiarazione di fallimento, il concordato preventivo interviene prima del fallimento, proprio allo scopo di evitarlo, in una situazione che può anche non essere di insolvenza, per cui l'estensione della legittimazione a presentare un concordato preventivo a soggetti diversi dall'imprenditore interessato comporterebbe una ingestione nelle decisioni che attengono la vita dell'impresa, che, fin quando l'imprenditore è *in bonis*, sono riservate unicamente a lui.

Questa differenza di trattamento tra concordato fallimentare e preventivo offre anche lo spunto per una riflessione sulla tenuta costituzionale della nuova disposizione innestata nel corpo dell'art. 163. Questa, infatti, autorizzando i creditori a sottoporre all'assemblea dei creditori, proposte di concordato alternative a quella presentata dal debitore, consente a soggetti diversi dall'imprenditore in difficoltà di sostituirsi a questi, di regolamentare il suo stato di crisi e di appropriarsi del suo patrimonio, 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 in un concordato liquidatorio, ove il debitore, nel momento in cui propone di soddisfare i creditori mediante cessione dei beni, ha scelto di mettere il proprio patrimonio a disposizione dei creditori per la liquidazione, per cui una nuova 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 diretta⁸, con il quale chiede la collaborazione dei creditori proprio al fine di ristrutturare l'impresa e mantenere la proprietà del complesso aziendale utilizzato per la continuazione dell'attività, evitando il fallimento o comunque la dispersione dei beni, e il tribunale abbia già ritenuto, sulla base delle attestazioni richieste dall'art. 186-*bis*, che quella proposta risponde 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'attività⁹.

⁸ Peraltro, anche nel caso di continuità indiretta che preveda la cessione dell'azienda, si crea un contrasto tra l'interesse della continuità, che è quello della crescita e sviluppo dell'impresa per la capacità del cessionario di assicurare gli investimenti necessari, e il fine della massimizzazione del realizzo, che è una logica di breve termine.

⁹ Invero, altro dato caratterizzante della nuova concorrenza è che non è richiesta alcuna omogeneità tra le proposte (a differenza di quanto richiesto dall'art. 163-*bis* per le offerte concorrenti, che devono essere tra loro comparabili), sicché all'intenzione del debitore di ristrutturare l'impresa in via diretta

Addirittura, il proponente in concorrenza può, se il debitore è una società per azioni o a responsabilità limitata, prevedere di procedere ad un aumento di capitale della società con esclusione o limitazione del diritto d'opzione dei soci, che vengono, in tal modo, privati non solo del patrimonio della società cui partecipano, ma anche delle partecipazioni sociali nella società debitrice e del potere di disporre. E' pur vero che i soci possono imputare a se stessi di non aver affrontato la crisi tempestivamente intervenendo sul capitale sociale, ma l'art. 182-*sexies* consente di affrontare soluzioni concordatarie senza il necessario preventivo ripianamento delle perdite e, comunque, come è stato prontamente rilevato¹⁰, i soci continuano ad essere portatori di un interesse patrimoniale anche quando la società è in crisi o in stato di insolvenza in quanto essi hanno diritto di ricevere tutto ciò che residua una volta che siano stati pagati i creditori; eppure essi possono essere estromessi dalla compagine sociale attraverso una proposta concorrente che preveda un aumento di capitale con esclusione del diritto di opzione, senza, peraltro una vera possibilità di difesa¹¹.

con un concordato con continuità può essere contrapposta in alternativa una proposta più favorevole dello stesso tipo, ma anche una proposta di cessione dei beni, che, verosimilmente, può essere più allettante per i creditori, pur a parità di percentuale di soddisfazione, per un più sicuro e tempestivo adempimento. Se l'unico interesse da tutelare è quello della migliore soddisfazione dei creditori è chiaro che la comparabilità tra proposte non è un valore da perseguire, ma se si è introdotto un tipo di concordato che si propone di diventare una vera procedura di riorganizzazione aziendale con possibilità di salvataggio del valore di impresa, attuando quello che è stato definito il passaggio da un sistema statico imperniato sul soggetto imprenditore insolvente e sul suo patrimonio quale garanzia per i creditori ad un sistema dinamico incentrato sull'attività di impresa e sul ripristino del ciclo produttivo e dei flussi finanziari necessari per attivarli, non si può poi consentire che questi valori siano vanificati da un terzo che faccia una proposta alternativa disgregatrice ma più conveniente.

¹⁰ G. D'Attorre, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, in *Fallimento* 2015, 1164.

¹¹ G. D'Attorre, *op. e loc. cit.*, a tutela dei soci, esclusa l'attribuzione ad essi del diritto di voto sulla proposta concordataria per l'evidente conflitto di interesse, riconosce agli stessi la legittimazione a proporre opposizione all'omologazione di una proposta concorrente (su cui si può convenire essendo i soci interessati a portare avanti il concordato proposto dalla società), ed aggiunge che *"il tribunale dovrà negare l'omologazione laddove accerti che la suddetta proposta si risolva in un'espropriazione di fatto di partecipazioni sociali che abbiano ancora un perdurante, effettivo e significativo valore economico, determinandosi per questa via un'ingiustificata lesione dell'interesse economico-patrimoniale dei soci della società-debitrice"*. Soluzione che mi lascia alquanto dubbioso perché la legge consente gli interventi sul capitale da parte dei terzi proponenti e non pone alcun limite a questa iniziativa per i riflessi sui soci, i cui interessi personali non possono essere considerati in sede di omologa. Ed è questa situazione di totale assoggettamento dei propri beni, nel caso costituiti dalla partecipazione sociale, alle iniziative esterne, per il solo fatto che la società in cui sono interessati è stata ammessa al concordato, che potrebbe raggiungere il risultato voluto consentendo a *fresh start* e il recupero dei valori delle partecipazioni, unita alla impossibilità di rappresentare in giudizio la lesione

E tutto ciò in uno scenario che non è paragonabile a quello del concordato fallimentare, per la ragione già detta che manca nella fattispecie del concordato preventivo l'accertamento e la declaratoria dello stato di insolvenza, che sconvolge anche la ricostruzione sistematica. Eppure, anche in questa procedura, qualora l'iniziativa del terzo comporti un ingiustificato sacrificio per le ragioni del debitore (il quale, non essendo parte dell'accordo intervenuto tra il proponente ed i creditori, può vedersi sottrarre i suoi beni sulla base di una valutazione che, pur idonea a soddisfare i crediti in misura ritenuta conveniente dalla maggioranza dei creditori, risulti insufficiente rispetto al valore reale dell'attivo fallimentare), la giurisprudenza della S. Corte è concorde nell'affermare che *“una tale eventualità si pone in contrasto con i principi ispiratori del sistema della responsabilità patrimoniale e con le norme che disciplinano il processo di esecuzione forzata, individuale o collettiva, in virtù dei quali la sottrazione al debitore del potere di amministrare i propri beni e di disporne trova giustificazione soltanto nei limiti risultanti dalla finalità, cui essa è preordinata, di soddisfacimento delle pretese dei creditori, dovendosi realizzare un giusto equilibrio tra gl'interessi di questi ultimi e quello del debitore al rispetto dei propri beni”*¹².

Il richiamo al concordato fallimentare serve anche a sfatare la diffusa opinione¹³ che l'impresa insolvente, dove non c'è più valore, è di fatto un bene destinato ad assolvere solo a funzioni di garanzia patrimoniale, e, quindi, è in realtà un bene ormai nella piena disponibilità dei creditori, per cui, quando le proposte concorrenti si muovono all'interno di un procedimento concorsuale non vi sarebbe alcuna ragione di ordine costituzionale per ostacolare l'introduzione del meccanismo¹⁴.

subita, che determina dubbi sulla tenuta costituzionale della norma, sia per violazione dell'art. 42 che dell'art. 24 della Carta Costituzionale.

¹² Cass. 29 ottobre 2013 n. 24359 in *Giust. civ. Mass. 2013*, rv 628841; Cass. 29 luglio 2011, n. 16378, *ivi*, 9, 1229; Cass. 22 marzo 2010, n. 6904, in *Foro it.* 2010, 10, 2742, che per queste situazioni hanno fatto ricorso all'abuso del diritto, che ricorre, appunto, quando *“le modalità di utilizzazione del concordato rivelino l'intento di piegare tale strumento a finalità diverse da quelle per cui è predisposto, e che consistono nell'agevolare la soluzione anticipata della crisi d'impresa mediante una soluzione che tuteli i diritti di tutti i creditori con le modalità approvate dalla maggioranza, senza arrecare al fallito un pregiudizio non necessario”*.

¹³ Proprio con riferimento alle proposte concorrenti, cfr. in tal senso M. Fabiani, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, 8, in www.ilcaso.it del 6 agosto 2015; G. D'Attorre, *op. e loc. cit.*; M. Vitiello, *Le proposte concorrenti nel concordato preventivo: le possibili soluzioni alle primissime questioni interpretative*, in www.ilfallimentarista.it 4 dicembre 2015.

¹⁴ Conf., sempre con riferimento alle proposte concorrenti, F. Lamanna, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*, in *Il Civilista. Speciale Riforma*, 2015, 27, il quale, tuttavia, pur

Concetti questi che hanno una indubbia valenza economica, ma sul piano giuridico si realizzano nell'incanalare la crisi in una procedura collettiva nella quale, previa dichiarazione dell'insolvenza, i creditori partecipano secondo regole predisposte per il fallimento, al quale si pone come alternativa proprio il concordato preventivo, e l'insuccesso, statisticamente provato, del ricorso al concordato fallimentare a fronte del massiccio utilizzo del concordato preventivo fa capire che una cosa è l'insolvenza latente, possibile e anche probabile, altro la insolvenza declamata con una sentenza. Quest'ultima determina la morte economica dell'impresa e lo svuotamento dei valori che la compongono, tanto da rendere poco appetibili proposte concordatarie pur nella più autonoma e libera iniziativa lasciata ai terzi nel concordato fallimentare dall'art. 124, nel mentre prima della dichiarazione di fallimento, fin quando l'imprenditore prosegue nella propria esistenza operativa, seppur sulla base di previsioni che non supportino incondizionatamente un giudizio prospettico di equilibrio economico e finanziario della gestione in quanto la crescita è in qualche modo compromessa da fattori, interni o esterni, che azzerino ogni creazione di valore, o nei casi più gravi, distruggano quello preesistente, fin quando, cioè, il rischio di perdita della continuità aziendale non si è tradotto in una sentenza che acclari lo stato di insolvenza, le possibilità di salvare l'impresa sono ben maggiori e il legislatore offre una serie di strumenti alternativi al fallimento, proprio per consentire al debitore (e non ai creditori) di perseguire questo fine rimanendo nella titolarità della sua attività e dei suoi beni.

L'idea che l'impresa insolvente sia nella disponibilità dei creditori non tiene sufficientemente conto proprio di questa peculiarità, che nel concordato preventivo si traduce nella continuità diretta. Essa, infatti, può valere per il concordato preventivo con cessione dei beni, perché qui, anche in mancanza di una declaratoria giudiziale dell'insolvenza, è nell'intento del debitore di privarsi della sua impresa e del suo patrimonio, per cui le proposte concorrenti permettono di raggiungere l'obiettivo di trasferire il controllo dell'impresa in crisi o dei beni che la compongono, sia in modo aggregato che singolarmente, da un soggetto ormai incapace a gestirla e non più intenzionato a farlo, alla categoria dei soggetti che, per effetto delle perdite, sono divenuti in sostanza, i veri soci.

La stessa considerazione non si attaglia, invece, al concordato con continuità diretta, ove al debitore, che potrebbe anche versare in uno stato di crisi reversibile, la legge offre la

aderendo a questo principio, non manca di sottolineare che una tale definizione, per quanto realistica, sia sommaria e impropria.

possibilità di perseguire l'obiettivo della conservazione dell'impresa sulla base di un accordo con i creditori, la partecipazione dei quali alle sorti dell'impresa stessa si esprime attraverso l'approvazione o meno della proposta concordataria. In questo caso la procedura concordataria non ha lo scopo di produrre coattivamente il trasferimento dei beni attraverso cui permettere il passaggio dei poteri di controllo ai creditori investitori, ma quello completamente opposto di consentire al debitore di realizzare il risanamento dell'impresa e mantenere la proprietà dei beni, tranne quelli non funzionali all'esercizio dell'attività; sicchè qui, i creditori, ai quali appartiene l'impresa decotta, dovrebbero avere voce in capitolo solo per poter decretare la riuscita o meno del tentativo del debitore e aprire, in caso negativo, la strada alla dichiarazione di fallimento.

Diversamente si va incontro alla contraddizione di consentire, in un primo momento, al debitore di gestire la crisi continuando la sua attività nell'intento di risanare l'impresa e soddisfare i creditori con i flussi ricavabili dalla stessa sulla base di una proposta e un piano da sottoporre ai creditori, e poi, una volta imboccata questa strada, permettere ai creditori, peraltro anche ad un minoranza (basta il 10% del monte crediti, come si vedrà per legittimare la presentazione di una proposta concorrente) di impedirgli di raggiungere quel risultato che il debitore si era proposto di conservare la sua impresa. In questo contesto, la novità di cui si discute, se, per un verso, può rilevarsi uno strumento migliorativo dell'interesse dei creditori perché aumenta la concorrenza, dall'altro disincentiva il debitore a formulare proposte concordatarie con continuità diretta sapendo che un terzo potrà impadronirsi dell'impresa che, nella sua offerta ai creditori era destinato a conservare, frustrando quei tentativi risanatori che proprio le imprese meno dissestate potrebbero realizzare.

Né vale sottolineare che gli imprenditori che accedono al concordato versano sempre in stato di insolvenza, anche se non dichiarato, sia perché questo dato non è reale, rinvenendosi casi, seppur minoritari, in cui il debitore cerca di ovviare ad una crisi ancora non degenerata in insolvenza, sia principalmente perché l'art. 160 l.fall., nel momento in cui ha precisato che "ai fini di cui al primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza", ha chiarito che l'imprenditore può accedere al concordato, sebbene non versi in stato di insolvenza¹⁵. In mancanza di un provvedimento che abbia accertato

¹⁵ Invero, con la norma di interpretazione autentica di cui all'art. 36 del d.l. 22 dicembre 2005 n. 273, convertito nella l. 23 febbraio 2006, n. 51, è stata fortemente ampliata la condizione oggettiva di ammissione alla procedura, che si realizza in presenza non solo di uno stato di insolvenza, come in passato prima della riforma del 2005, ma anche di una situazione di crisi non degenerata

che un'impresa sia irreversibilmente insolvente, non può, quindi, affermarsi che l'impresa che accede al concordato si trovi comunque in tale situazione per il fatto che offre ai creditori una ristrutturazione dei propri debiti¹⁶, essendo di tutta evidenza che anche un'impresa non decotta, anzi tanto più se non decotta, può uscire dalla crisi proprio attraverso un accordo con i creditori che porti ad una riduzione dei debiti e/o ad una moratoria nel pagamento, secondo lo schema tipico concordatario. In più, l'ammissione al concordato con continuità diretta lascia presumere che l'impresa abbia ancora delle potenzialità da sfruttare e delle prospettive di sviluppo, in quanto i vari *assets*, almeno quelli più rilevanti e funzionali allo svolgimento dell'attività, non sono destinati alla liquidazione, ma all'impiego duraturo nello svolgimento dell'impresa; lascia, cioè, presumere, che non si trovi in stato di decozione irreversibile, altrimenti sarebbe difficile indicare i costi e i ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato, le risorse finanziarie necessarie e le relative modalità di copertura e, comunque sarebbe oltremodo arduo per un professionista attestare che, in tali condizioni, la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato sia funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori.

Sono proprio queste considerazioni che inducono a ritenere che l'autonomia decisionale lasciata al debitore nella gestione della crisi non possa, al di là del rispetto dei limiti legali già esistenti che possono portare alla revoca o alla non omologazione, essere compresa da interventi di altri soggetti in corso di procedura, diretti a sottrarre al primo la possibilità di gestire la sua crisi anche attraverso il mantenimento della sua impresa; a meno che non si voglia mettere in discussione l'intero nuovo sistema concordatario, incentrato sulla libertà del debitore di regolare la sua crisi e sulla tendenza alla conservazione dei valori aziendali, ipotizzando un contrasto con l'utilità sociale che deve perseguire ogni iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) qualora alla autonomia su cui è fondato il meccanismo concordatario non si ponesse una stretta, consentendo ad altri di appropriarsi dell'impresa che il debitore cerca di salvare in un contesto in cui quel tentativo è stato già giudicato essere quello più utile per i creditori.

Né mi sembra sufficiente a superare i dubbi sulla tenuta costituzionale della norma il fatto che i creditori non possano presentare proposte concorrenti quando il professionista

nell'insolvenza, di modo che la crisi, sebbene non facilmente definibile, costituisce un *genus*, che va da una situazione di difficoltà a una insolvenza reversibile fino alla insolvenza irreversibile posta a fondamento della dichiarazione di fallimento.

¹⁶ In tal senso M. Fabiani, *op. e loc. cit.*

incaricato attesti che quella formulata dal debitore “*assicura il pagamento di almeno il quaranta per cento dell’ammontare dei crediti chirografari o, nel caso di concordato con continuità aziendale di cui all’articolo 186-bis, di almeno il trenta per cento dell’ammontare dei crediti chirografari?*”; questa previsione evidenzierebbe come un’offerta inferiore a queste soglie debba essere considerata sintomatica di “*un deficit davvero importante*”¹⁷ o non “*compatibile con uno stato di crisi*”¹⁸. In realtà, il nuovo ult. comma dell’art. 160 ritiene sufficiente per l’ammissibilità del concordato con cessione dei beni che il debitore, si trovi in stato di crisi o di insolvenza, faccia una proposta di concordato che assicuri il pagamento di almeno il venti per cento dell’ammontare dei crediti chirografari (disposizione che, peraltro, non si applica al concordato con continuità aziendale), sicchè, al più, è una offerta inferiore a questa soglia che può essere considerato sintomo di insolvenza irreversibile, tale da non consentire l’ammissione al concordato liquidatorio e far prevalere eventuali istanze di fallimento, nel mentre il mancato raggiungimento delle soglie poste dall’art. 163 non impedisce l’ammissione alla procedura di concordato in quanto queste individuano solo i limiti, il superamento dei quali impedisce la presentazione di proposte alternative.

Né, infine, la circoscrizione dell’iniziativa alla sola platea dei creditori – e non di qualsiasi terzo – contribuisce a ridimensionare i dubbi di tenuta costituzionale, perché anche se si condivide la premessa che gli unici legittimati a presentare proposte alternative sono i creditori concorsuali (concetto tutto da verificare per quanto si dirà in prosieguo), la competizione è comunque soggettivamente estesa ad un numero potenzialmente elevato di soggetti che possono anche aggregarsi tra loro o comprare crediti in modo da raggiungere la soglia del 10% richiesta dalla norma. In realtà, ai fini in esame, non conta tanto il fatto che siano pochi o tanti i soggetti che possano, attraverso il meccanismo delle proposte concorrenti, sostituirsi al debitore, ma il fatto che anche un solo soggetto privato possa farlo espropriandolo della sua impresa, senza alcuna giustificazione di un pubblico interesse.

In sostanza, l’apertura alla concorrenza del concordato preventivo è sicuramente un’esigenza meritevole di tutela, ma mi sembra che il legislatore, nel riequilibrio degli interessi tra debitori e creditori, si sia spinto troppo avanti nel dare prevalenza agli interessi di questi ultimi, ritenuti, a ragione, eccessivamente sacrificati dalla riforma del 2012. In tal modo, in una visione privatistica, si è creata la figura del “contratto a sfavore di terzo” in quanto all’accordo tra debitore e creditori si sostituisce (qualora venga

¹⁷ F. Lamanna, *op. e loc. cit.*

¹⁸ M. Fabiani, *op. cit.*, 10.

preferita la proposta alternativa) 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 stesso; in più il proponente si giova dello strumento concordatario, in particolare dell'effetto espansivo obbligatorio di cui all'art. 184 per vincolare anche i dissenzienti minoritari alla sua proposta, nonché lo stesso debitore.

Ovviamente il riferimento al contratto non vuole essere una adesione alla concezione privatistica del concordato- che proprio dalla riforma in esame riceve un duro colpo e ne esce valorizzato il ruolo dell'omologazione, indispensabile perché la proposta del creditore abbia effetti-, ma ha lo scopo di sottolineare quanto sia difficile giustificare un contratto con il quale determinati soggetti dispongano del patrimonio del debitore, che a questo accordo non solo è estraneo ma, per lo più, ostile, specie quando quest'ultimo si era rivolto ai creditori per chiedere collaborazione a continuare la sua attività. Ed, infatti, a mio avviso, la promozione della contendibilità delle imprese in crisi, che rappresenta insieme ad altri – quali la fissazione di un livello minimo di soddisfazione dei chirografari, la possibilità di offerte concorrenti, l'eliminazione del silenzio assenso, ecc. – l'emblema della tendenza alla creazione di un “mercato” delle imprese in crisi e dei *distressed debts*, doveva essere limitata ai concordati con cessione dei beni, o, comunque, prevista con esclusioni di quelli con continuità diretta, altrimenti la norma è a rischio di fondati sospetti di incostituzionalità.

Ciò detto, è chiaro che le finalità della nuova disposizione sono, come del resto espressamente esposte nella Relazione che accompagnava la richiesta di conversione del d.l. n. 83 del 2015 (in prosieguo: Relazione), quelle di *“massimizzare la recovery dei creditori concordatari e di mettere a disposizione dei creditori concordatari una possibilità ulteriore rispetto a quella di accettare o rifiutare in blocco la proposta del debitore”*. C'è da chiedersi se queste finalità siano, o possano essere, efficacemente perseguite con il nuovo strumento delle proposte concorrenti, ed anche su questo punto ho molte perplessità, pur non negando che l'apertura a possibili proposte competitive migliorative possa rilevarsi di qualche utilità per i creditori.

Non sarà certo la preoccupazione di interventi di terzi ad *“impedire”* come si afferma nella citata Relazione *“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 riscadenziati?”*; in realtà il debitore in difficoltà o ha messo da parte valori difficilmente rinvenibili oppure mette a disposizione

dei creditori l'intero suo patrimonio, anzi, solo in vista di una riorganizzazione dell'impresa nel proprio interesse è disposto a far a emergere eventuali risorse occulte; quando ciò non accade vi sono gli strumenti per arrivare a perseguire comportamenti fraudolenti e altro e, ancora una volta, il concordato con continuità offre una tutela più forte ai creditori in quanto per l'ammissione degli stessi 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.

Né mi pare che le proposte concorrenti possano *“creare i presupposti per la nascita, anche in Italia, di un mercato dei distressed debts, già da tempo sviluppatosi in altri Paesi, in modo da consentirne un significativo smobilizzò”*, come ancora si legge nella citata Relazione, perché la quota del 10% necessaria per proporre domande alternative non è tale da movimentare un mercato dei debiti in sofferenza, anche perchè i crediti commerciabili sono sostanzialmente limitati alla categoria dei chirografari per i motivi che si vedranno in prosieguo, per cui la soglia fissata sembra costituire più che altro una condizione filtro per evitare che iniziative da parte di creditori di scarsissimo rilievo appesantiscano inutilmente la procedura¹⁹.

Non vi è dubbio, tuttavia, che chi presenta una domanda concorrente ha anche interesse a sostenerla, per cui potrebbe acquistare crediti per una quota superiore a quella minima richiesta del 10% per appoggiare la propria iniziativa, ma tutto ciò presuppone che un soggetto abbia un vero interesse ad assumersi la responsabilità che comporta la formulazione di una domanda concordataria concorrente e non soltanto a bloccare la domanda del debitore; lo sviluppo, quindi, di un mercato dei debiti in sofferenza dipenderà dallo sviluppo che avrà il nuovo istituto delle proposte concorrenti, e non viceversa, e, al momento, tutte le previsioni sono abbastanza negative sull'utilizzo di questo strumento. L'impegno che comporta una proposta fatta da un soggetto estraneo all'impresa, che deve presentare una proposta e un piano in una situazione di netta disparità informativa rispetto al debitore, nonostante le informazioni che può chiedere ed ottenere dal commissario, e, principalmente, la estraneità alla gestione dell'impresa fino all'omologa, posto che fino a quel momento l'impresa, come l'intero patrimonio del

¹⁹ Così R. 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*, in www.ilcaso.it, 24.7.2015.

debitore, rimane nella disponibilità di quest'ultimo seppur sotto la vigilanza del commissario, sono elementi che inducono a dubitare del successo del nuovo istituto..

3. La legittimazione alla presentazione delle proposte concorrenti

Il comma quarto dell'art. 163 l. fall. 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. 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 questa controllate e di quelle sottoposte a comune controllo....”*

Va preliminarmente detto che nel raccordo della soglia del 10% ai crediti risultanti dalla situazione patrimoniale depositata ai sensi dell'articolo 161, secondo comma, lettera a), è riscontrabile una imprecisione in quanto la lett. a) del secondo comma dell'art. 161 tratta della relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, per cui sarebbe stato più corretto richiamare la lett. b), che fa riferimento all'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione, ossia al monte crediti cui rapportare il 10%.

Sui poteri di indagine dell'autorità giudiziaria circa le indicazioni fornite dal debitore si ritornerà; qui va sottolineato che può ritenersi pacifico che l'accennata soglia del 10% va calcolata sull'intero ammontare del passivo indicato dal debitore, comprensivo dei creditori prelatizi e chirografari e di quelli ammessi o non al voto.

Passando all'interpretazione della disposizione sopra riportata, si è detto, sulla base di una lettura molto rigida, che unici legittimati alla presentazione di proposte alternative sono i creditori concorsuali, posto che la norma consente sì anche di acquistare crediti in corso di procedimento, ma *“la possibilità degli acquisti successivi sembra riferibile solo a chi sia già creditore ed è prevista solo in funzione della possibilità di raggiungere la soglia del 10%”*²⁰.

Questa lettura non mi sembra coerente con la *ratio* legislativa e, comunque, 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, qualora raggiunga la soglia indicata, a proporre proposte concorrenti.

²⁰ F. Lamanna, *La legge fallimentare dopo la miniriforma*, cit., 27

Sotto il primo profilo va ricordato che la stessa Relazione dà per scontato che le proposte alternative possano provenire anche da terzi non creditori, lì dove precisa che “*eventuali investitori interessati a compiere un’operazione di acquisto e risanamento di un’impresa in concordato, per poter presentare una proposta alternativa, dovrebbero infatti acquistare crediti nei confronti dell’impresa in concordato per un valore pari almeno al 10% dell’indebitamento di quest’ultima*”. E’ evidente che la relazione illustrativa ad una legge – che ha lo scopo di fornire l’esplicitazione delle motivazioni del provvedimento, delle sue finalità, dei suoi raccordi con la normativa previgente e, dei contenuti normativi delle disposizioni proposte – non esprime la *voluntas legis* né è vincolante per l’interprete, ma nella fattispecie le parole della Relazione sono in perfetta sintonia con le sicure finalità legislative di massimizzare la *recovery* dei creditori concordatari mettendo aprendo alla concorrenza e di venire incontro all’accennata esigenza di creare un mercato dei *distressed debts*; ed è evidente che i soggetti che maggiormente possono vivacizzare il mercato dei crediti che presentano difficoltà di esazione sono proprio gli operatori finanziari specializzati.

Sotto il profilo letterale, la tesi qui osteggiata porterebbe alla limitazione della libera circolazione dei crediti in quanto, in forza della nuova norma, i crediti nei confronti di imprese in concordato potrebbero essere trasferiti soltanto tra soggetti che sono già creditori, impedendo, anche se al limitato fine della presentazione di proposte concorrenti, ad un terzo di acquisire crediti concorsuali, dal momento che egli non potrebbe conteggiarli al fine del raggiungimento della soglia del 10%. Eppure la libertà di acquistare crediti verso debitori in concordato non è affatto circoscritta ai soli altri creditori, questi possono liberamente cedere i loro crediti e qualsiasi terzo cessionario di un credito verso un debitore in concordato, una volta acquisito il credito, subentra nella posizione del cedente, diventando un creditore concordatario con tutti i diritti relativi, compreso quello di presentare proposte concorrenti.

Del resto, l’interpretazione letterale porta a risultati paradossali quando, proseguendo nella lettura del nuovo quarto comma dell’art. 163, si arriva alla parte che stabilisce 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 questa controllate e di quelle sottoposte a comune controllo*”. Se, infatti, si muove dalla premessa che soltanto i creditori che già sono titolari di crediti concorsuali possono acquistare altri crediti per raggiungere la soglia del 10%, se ne dovrebbe dedurre che il divieto posto da questa seconda parte della norma di tener conto di alcuni crediti nel computo della percentuale del dieci per cento riguardi soltanto le ipotesi in cui si proceda all’acquisto per raggiungere detta soglia, sicchè lo stesso divieto non varrebbe per

i creditori già titolari di quote superiori al 10%, i quali, pertanto, anche se controllanti del debitore o da questi controllati, o con il medesimo debitore siano sottoposti a comune controllo, sarebbero comunque legittimati a proporre proposte concorrenti; ma è evidente che questa interpretazione è contraria alla *ratio* della legge che è chiaramente quella di escludere la legittimazione a presentare proposte alternative per tutti i soggetti che, rispetto al debitore, sono controllanti o controllati, ovvero che con il medesimo debitore sono sottoposti a comune controllo, in modo da evitare che le proposte concorrenti siano in qualche modo rapportabili, seppur indirettamente, al debitore. E' un divieto, quindi, di carattere generale che, sebbene riferito al raggiungimento della soglia del 10%, non può che valere per tutti coloro che intendono proporre proposte concorrenti, siano essi già creditori concorsuali che terzi che acquistino crediti concorsuali; e ciò in perfetta sintonia con la nuova disposizione dell'ult. comma dell'art. 177, che, recependo quanto già disposto dall'art. 127 per il concordato fallimentare, nega, in linea generale, il diritto di voto alle società che controllano la società debitrice, alle società da questa controllate e a quelle sottoposte a comune controllo, nella stessa ottica di trasparenza e linearità.

Altra conferma ad una interpretazione più liberale viene ancora dall'art. 163, nella parte in cui consente che *“la proposta può prevedere l'intervento di terzi e, se il debitore ha la forma di società per azioni o a responsabilità limitata, può prevedere un aumento di capitale della società con esclusione o limitazione del diritto d'opzione”*. Se alla proposta concorrente possono partecipare anche terzi, presumibilmente quali assuntori a favore dei quali avviene il trasferimento di tutto o parte dell'attivo o, comunque, al fine di integrare i mezzi finanziari per rendere economicamente fattibile la nuova proposta, non vi è motivo perché questi non possano prendere l'iniziativa per proporre direttamente la domanda. Peraltro, poichè l'apporto di nuovo capitale di rischio per sostenere la proposta con nuovi mezzi finanziari, con perdita del diritto di opzione dei soci, non è limitato ai creditori, ma è genericamente riferito a chiunque presenti una domanda di concordato concorrente senza escludere che possano acquisire la qualifica di soci, nominali ed effettivi, della società proprio i finanziatori, si avrebbe che costoro, che non potendo chiedere direttamente il concordato, hanno dovuto far transitare il loro intervento attraverso accordi (consentiti dalla legge) con un creditore, possono poi diventare soci della società in crisi e al cui risanamento contribuiscono.

E' pur vero che in tal modo si consente a terzi di incidere sul rapporto tra il debitore e i suoi creditori, ma ciò solo apparentemente perché non si sta dicendo che un estraneo possa presentare una proposta concorrente, ma che un estraneo possa acquisire crediti verso il debitore concordatario e che, una volta acquisita tale qualifica, ove raggiunga la

soglia del 10%, possa concorrere con il debitore, anche se l'acquisto è intervenuto dopo la presentazione della domanda originaria, visto che la legge lo consente espressamente.

Scopo della norma, invero, non è quello di limitare la circolazione dei crediti di incerta o difficile esazione nella cerchia ristretta dei creditori concorsuali, ma quello di porre un livello di impegno, anche finanziario, teso a scoraggiare la presentazione di proposte strumentali a fini diversi da quella di offrire ai creditori un migliore soddisfacimento. La norma è, quindi, rivolta sia ai creditori già concorsuali fin dall'origine sia ai creditori sopravvenuti per acquisti successivi alla presentazione della domanda di concordato perchè è proprio l'ampliamento della platea dei concorrenti che può contribuire a realizzare il miglior ristoro dei creditori.

4. La condizione di ammissibilità delle proposte concorrenti. Le soglie di ammissibilità, pagamento e classazione.

Il comma quinto dell'art. 163 stabilisce che *“le proposte di concordato concorrente non sono ammissibili se nella relazione di cui all'articolo 161, terzo comma, il professionista attesta che la proposta di concordato del debitore assicura il pagamento di almeno il quaranta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari o, nel caso di concordato con continuità aziendale di cui all'articolo 186-bis, di almeno il trenta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari”*.

Questa è la versione definitiva della norma, come derivata dalla legge di conversione, in quanto il decreto legge conteneva una previsione simile, che però era formulata in modo più generico e contorto; essa, infatti, si limitava ad affermare l'ammissibilità delle proposte concorrenti *“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”*. Nonostante questa formulazione della condizione al negativo, era chiaro il divieto di presentare proposte concorrenti ove la proposta del debitore assicurasse il pagamento del 40% dell'ammontare dei crediti chirografari (ed ovviamente il pagamento integrale delle preliezioni, salva incapienza sui beni gravati), sicchè l'assicurazione del mancato pagamento di detta percentuale costituiva condizione per la contendibilità.

La legge di conversione, oltre alla più corretta formulazione sintattica, ha diversificato le soglie di accesso alla concorrenza a seconda che si tratti di concordato liquidatorio o con continuità²¹, che evidenzia non solo il favore per i concordati in continuità per il valore

²¹ Nella versione finale è scomparso anche l'inciso riferito ai crediti dilazionati. Credo che tale eliminazione sia dovuta alla sua superfluità, essendo implicito che, in mancanza di questa precisazione, le soglie del quaranta o del trenta per cento riguardino anche i pagamenti dilazionati,

attribuito dal legislatore alla salvaguardia dell'impresa, ma anche la consapevolezza del legislatore del pericolo dell'esproprio del debitore, per cui è sufficiente il raggiungimento di una soglia più bassa per evitare che il debitore corra tale rischio. Inoltre il legislatore della conversione ha chiarito che è il professionista incaricato della relazione di cui all'articolo 161, terzo comma, a dover attestare che la proposta di concordato del debitore assicura il pagamento di almeno il quaranta o il trenta per cento dei creditori chirografari.

Novità queste che si pongono in stretta relazione con l'aggiunta, sempre ad opera della legge di conversione, di un ultimo comma nell'art. 160, secondo il quale *“in ogni caso la proposta di concordato deve assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari”*. Questa disposizione, precisa la norma, *“non si applica al concordato con continuità aziendale di cui all'articolo 186-bis”*, per cui in questa tipologia di concordati, ove, anche prima dell'ultima riforma, il debitore comunque deve assumere un impegno verso i creditori di soddisfarli in una certa misura, non è posta una soglia di accesso minima, in considerazione sia della maggiore difficoltà di una valutazione di quelli che possono essere i flussi futuri ricavabili rispetto ad una quantificazione del valore dei beni ceduti, sia per un *favor* verso il concordato in continuità rispetto a quello liquidatorio.

Si è affermato che solo il concordato con continuità diretta si sottrae alla regola del rispetto della soglia minima di pagamento, nel mentre vi sarebbe soggetto il concordato con continuità indiretta²². Pur condividendo i motivi ispiratori di tale differenziazione e la utilità di una normativa specifica per la continuità diretta in contrapposizione alla grande categoria dei concordati direttamente o indirettamente liquidatori, sta di fatto che il nuovo quarto comma dell'art. 160 ha, in modo chiaro e inequivoco, escluso l'applicazione della previsione della soglia minima di ammissibilità *“al concordato con continuità aziendale di cui all'articolo 186-bis”*, e questa norma prevede e regola sia il concordato con continuità diretta che quelli con continuità indiretta. Non vi è dubbio che questa interpretazione accentuerà la tentazione di spacciare come caratterizzato da continuità indiretta proposte che sostanzialmente si traducono in una cessione mascherata, visto che per i primi è più agevole l'accesso e più favorevole la condizione per escludere il pericolo di proposte concorrenti (30% e non 40%); ma a questo pericolo si può e si deve ovviare attraverso

tanto più che, ora, è preso espressamente in considerazione il concordato con continuità, ove la dilazione nel pagamento è connaturata al tipo concordatario, specie quello con continuità diretta.

²² Trib. Pistoia 29 ottobre 2015, in www.osservatorio-oci.org.

una più rigorosa definizione dei concordati con continuità indiretta e una più esatta individuazione della regolamentazione dei concordati c.d. misti.

Le due norme, quella di cui all'art. 163 e quella di cui all'art. 160, operano su piani diversi: quest'ultima disposizione introduce una soglia minima del pagamento che deve essere assicurato ai creditori chirografari nei concordati con cessione dei beni a pena di inammissibilità della domanda, nel mentre la prima individua le soglie minime del pagamento che deve essere assicurato ai creditori chirografari nel concordato con cessione e in quello con continuità per impedire la presentazione di proposte alternative, per cui si pone come condizione di ammissibilità delle proposte concorrenti; tuttavia, essendo quest'ultima legata alla misura di soddisfacimento dei creditori, sono evidenti le simmetrie tra le due norme e la dipendenza dell'interpretazione della seconda dal significato che si attribuisce alla prima.

Preliminarmente ritengo che sia del tutto utopistico pensare²³ che la previsione delle indicate soglie di sbarramento possa costituire un incentivo per il debitore a far emergere la crisi tempestivamente, in modo da poter soddisfare i chirografari nella misura del 20% o di raggiungere quei livelli che impediscano la possibilità di presentare proposte alternative, perché le dinamiche che governano gli imprenditori in crisi prescindono da questi calcoli; né le reazioni che l'esternazione di una crisi determina (specie nel ceto bancario e nella fiducia dei fornitori) potrà indurre i nostri imprenditori ad anticipare interventi che coinvolgano i creditori per ottenere il beneficio di accedere alla procedura concordataria²⁴ o di escludere l'intervento di concorrenti, tanto più che soglie del 40% e del 30% indicate allo scopo sono talmente alte da rendere quasi sempre possibile, tranne rarissimi casi, l'ingresso di proposte concorrenti. Peraltro, nell'attuale sistema delle proposte concorrenti, che consente a terzi di appropriarsi dei beni dell'imprenditore concordatario, la salute non completamente compromessa di un'impresa che accede al concordato suscita ancor più l'interesse e le brame di terzi, per cui l'imprenditore in crisi, come si diceva, è ancor più disincentivato rispetto al passato, ad anticipare misure

²³ Questa è l'idea che serpeggia e viene anche esplicitata nella Relazione accompagnatoria.

²⁴ Benefici, peraltro, sempre più ristretti se si pensa che anche il fallimento, che ha visto una profonda attenuazione delle conseguenze personali, può portare alla esdebitazione e la c.d. procedura maggiore non offre più i vantaggi di una volta, quale l'incremento dell'attivo per l'espletamento delle azioni ricostruttive del patrimonio essendo le revocatorie fallimentari sostanzialmente sparite dal panorama giurisprudenziale; tant'è che nella bozza di legge delega elaborata dalla Commissione Rordorf è prevista l'abolizione del concordato con cessione dei beni, a meno che non vi sia l'apporto di finanza esterna.

protettive, arrivando, nella maggioranza dei casi, a queste solo quando l'insostenibilità della situazione lo costringe²⁵.

Entrambe le norme in esame, nel fissare le relative soglie di sbarramento, parlano di pagamento dei creditori chirografari.

Dando credito alla lettera della legge, bisognerebbe accedere alla tesi che la soglia di legge del 20% è raggiunta solo ove venga assicurata l'estinzione, entro tale misura, dei debiti chirografari in danaro²⁶, ma ricorre più di qualche motivo per pensare che il legislatore abbia, nell'ult. comma dell'art. 160, impropriamente utilizzato il termine pagamento come sinonimo di disfazione dei creditori.

Ed invero, se così non fosse, posto che il limite del pagamento del 20% *“non si applica al concordato con continuità aziendale di cui all'articolo 186-bis”*, ne conseguirebbe, per un verso, che il legislatore ha voluto escludere che nei concordati con cessione dei beni i creditori possano essere soddisfatti in modo diverso dal pagamento in danaro e, per altro verso, che la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, accollo, o altre operazioni straordinarie, ecc. di cui parla il primo comma dell'art. 160, siano riservate esclusivamente ai concordati con continuità. Sennonchè l'art. 163 dice, a sua volta, che, per escludere la presentazione di proposte concorrenti nei concordati con continuità aziendale di cui all'art. 186-bis, nella relazione del professionista deve essere assicurato il pagamento di almeno il 30% dell'ammontare dei crediti chirografari; di modo che, sempre interpretando il concetto di pagamento nel suo significato letterale nell'una come nell'altra norma, bisognerebbe ammettere che in tutti i

²⁵ Se il legislatore voleva effettivamente provocare una tempestiva emersione della crisi avrebbe dovuto introdurre, come da anni da più parti si propone, quegli strumenti di allerta già individuati in passato dalla Commissione Trevisanato o quelli più recentemente elaborati dalla Commissione Rordorf, o altri in grado di impedire la dispersione del residuo valore dei beni aziendali e l'aggravamento del dissesto.

²⁶ In tal senso, M. Fabiani, *L'ipertrofica legislazione*, cit., che, pur esprimendosi in modo critico sulla scelta del legislatore, ritiene che il termine è talmente preciso da escludere altre possibili forme di soddisfacimento come l'accollo o la *datio in solutum*. Conf. G.B. Nardecchia, *Le modifiche apportate alla domanda di concordato*, in www.ilcaso.it, per il quale il legislatore ha *“chiaramente inteso distinguere il concetto di soddisfazione da quello di adempimento delle obbligazioni pecuniarie secondo le regole codicistiche (il dato letterale dell'art. 1277, comma 1, c.c. comporta che i debiti pecuniari si estinguono con moneta avente corso legale)”*, con la conseguenza che non vi sono dubbi circa *“il divieto di attribuire ai creditori trattamenti non costituiti da dazioni monetarie relativamente alla percentuale minima del 20% dell'ammontare dei crediti chirografari”*: rimanendo libero il debitore di prospettare ai creditori un'ulteriore soddisfazione o pagamento, per la parte residua dell'80% dell'ammontare dei crediti.

concordati in continuità (quelli con continuità diretta come indiretta) è possibile soddisfare i creditori con le modalità che il primo comma dell'art. 160 consente, ma per escludere proposte concorrenti è necessario assicurare il pagamento in danaro di almeno il 30% dei creditori chirografari; di modo che un concordato in continuità che assicurasse la soddisfazione dei creditori nella misura dell'80% con l'attribuzione a costoro, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito, non impedirebbe la presentazione di proposte concorrenti in quanto non prevede il pagamento in danaro dei creditori chirografari nella misura di almeno il 30%.

E' chiaro che la possibilità data al debitore che accede al concordato con continuità di soddisfare i creditori con modalità diverse da quella del pagamento, che si desume dall'ult. comma dell'art. 160, deve conciliarsi con la possibilità data allo stesso debitore dal quinto comma dell'art. 163 di limitare la presentazione di proposte concorrenti col pagamento dei creditori chirografari nella misura di almeno il 30%, e l'unica via che si vede è quella di adire ad una tesi che, abbandonando l'interpretazione strettamente letterale del termine pagamento, ritenga (dovendosi attribuire lo stesso significato al medesimo termine utilizzato nelle due norme) comunque integrate e la condizione di ammissibilità al concordato liquidatorio e la condizione di ammissibilità delle proposte concorrenti anche quando sia prevista una modalità di soddisfacimento diversa dal pagamento in danaro²⁷.

D'altronde, 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. Avvalora questa tesi il fatto che le forme alternative di estinzione del debito di cui al primo comma dell'art. 160 sono previste fin dalla originaria formulazione della norma a seguito della riforma del 2005 e non si è mai dubitato che potessero essere utilizzate nei concordati liquidatori, per cui il nuovo ultimo comma della stessa norma (così come il quinto comma dell'art. 163) sconfesserebbe una impostazione che è caratterizzante del nuovo concordato basato sulla libertà data al debitore di regolamentare con i creditori la sua crisi.

²⁷ Favorevoli ad una interpretazione non letterale del termine pagamento, F. Lamanna, *La legge fallimentare dopo*, cit., 18, per il quale “*non viene modificata la possibilità – concessa dall’art. 160 comma 1 – di proporre le più diverse forme e modalità di soddisfazione, ma sarà necessario comunque attribuire ad esse un valore percentuale soddisfattivo in rapporto al montante dei crediti chirografari*”. Sembra aderire a questo orientamento anche G. D’Attorre, *op. cit.*, 1167. Conf., Trib. Pistoia 29 ottobre 2015, *cit.*.

Inoltre, il legislatore, contestualmente alla innovazione introdotta con l'art. 160 ha modificato anche l'art. 161, imponendo al debitore, di indicare “*in ogni caso*”, nella proposta “*l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore*”. La precisazione in ogni caso sta a significare che questa indicazione deve essere contenuta anche nei concordati liquidatori, nei quali però, dovendo (secondo la linea qui non condivisa) la soddisfazione dei creditori necessariamente avvenire in danaro, non vi è alcuna utilità specifica da individuare o economicamente valutabile²⁸; sicchè anche questa disposizione, che giustamente tutti leggono in consecuzione logica con quella di cui all'art. 160, troverebbe effettiva applicazione solo nei concordati con continuità aziendale. Nei concordati con cessione dei beni sarebbe, infatti, nulla più che una clausola di stile, visto che, se l'adempimento deve avvenire in danaro, l'utilità specifica e la valutazione economica si riassumono nella somma e percentuale di pagamento che vengono offerti e che per definizione sono specifiche ed economicamente valutabili; è proprio quando si offre in pagamento di un debito in danaro un bene diverso che sorge la necessità di spiegare l'utilità che la *datio in solutum* può dare, così come la stessa necessità si presenta ove al creditore non venga attribuito né danaro né altro bene facente parte dell'attivo del debitore, ma ugualmente suscettibile di valutazione economica (ad es. la certezza di poter proseguire in una relazione contrattuale)²⁹.

In sostanza per dare un significato concreto alla innovazione introdotta bisogna interpretare il lemma pagamento come sinonimo di soddisfazione, in modo da ammettere, anche nei concordati liquidatori, la possibilità di soddisfare i creditori con quelle forme alternative di cui al primo comma, purchè quantificabili in un valore non inferiore al 20%

²⁸ A meno che non si intenda che con questa disposizione il legislatore abbia voluto imporre al debitore di illustrare ai creditori le utilità e i vantaggi del concordato rispetto al fallimento, e, quindi le azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie che in quella procedura potrebbero essere promosse nei confronti di terzi, che però è compito del commissario esporre ai creditori ex art. 172; tale obbligo, senza una espressa disposizione di legge, non può trasferirsi al debitore in quanto porterebbe conseguenza di non poco conto (anche la revoca del concordato) nel caso di omissione all'adempimento di un obbligo desunto solo in via interpretativa e dubbia.

²⁹ E' diffusa l'opinione che la nuova disposizione consenta la formazione di classi zero. Cfr. D. Galletti, *E' ancora attuale dopo la Riforma d'urgenza il Tractatus Misteriosoficus delle Sezioni Unite?* in www.ilfallimentarista.it; G.B. Nardecchia, *Le modifiche apportate alla domanda di concordato*, in www.ilcaso.it; V. Zanichelli, *Il ritorno della ragione o la ragione di un ritorno?* in www.ilcaso.it; G. Bozza, *Brevi considerazioni su alcune norme della riforma*, in www.fallimentiesocietà.it.

del complessivo ammontare del monte chirografi; in sintonia con quanto detto nella Relazione accompagnatoria, per la quale la precisazione introdotta nell'art. 161 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?”*. Di conseguenza utilizzerò in prosieguo promiscuamente entrambi i termini.

Altro problema comune alle due norme (quella di cui all'ult. comma dell'art. 160 e quella di cui al quinto comma dell'art. 163) è costituito dal rapporto tra percentuale minima di pagamento e possibile suddivisione in classi dei creditori, dovendosi verificare se, nel caso di concordato con classazione, il limite del pagamento del 20% vada riferito a ciascun creditore, nel senso che a ciascun chirografario deve essere assicurato il pagamento di tale quota, che, quindi, costituirebbe il livello minimo di soddisfazione per ogni classe, o sia possibile una distribuzione differenziata che assicuri il pagamento ad alcune classi di un livello inferiore a quello di legge e ad altre superiore, fermo restando che il complesso delle risorse messe a disposizione debba essere non inferiore al 20% del totale dei crediti chirografari³⁰. Negli stessi termini si pone il problema per determinare la soglia che blocca la presentazione di proposte alternative, e stabilire, cioè, se la percentuale del 40% o del 30% vada calcolata come media nel pagamento offerto ai creditori delle diverse classi oppure come limite minimo da rispettare per ogni classe³¹.

³⁰ Problematica non influenzata dalla già accennata possibilità di formazione di classi zero perché, come si è detto, comunque ai creditori appartenenti a queste classi viene attribuito, seppur non danaro o altro bene materiale, una utilità quantificabile.

³¹ Peculiare, invece, alla soglia minima di ammissibilità del concordato è il problema che riguarda il rapporto tra il nuovo ultimo comma dell'art. 160 e il secondo comma della stessa norma, ossia il trattamento da riservare agli eventuali crediti degradati al chirografo per incapacienza sul bene gravato. Qui, per la verità non avrei dubbi sulla soluzione, avendo sempre ritenuto che, nonostante il mancato richiamo dell'art. 54 da parte dell'art. 169 (anzi proprio a causa di questo mancato richiamo), l'art. 177 l.f., nella parte in cui equipara i creditori muniti di diritto di prelazione di cui la proposta di concordato prevede, ai sensi dell'articolo 160, la soddisfazione non integrale, ai chirografari per la parte residua del credito, non faccia una equiparazione ai soli fini del voto, anche se la norma riguarda questa materia, ma anche ai fini del trattamento perché se non esiste una identità di trattamento con i chirografari non si spiega il voto. E' chiaro allora che, se si parte da questa premessa, le conseguenze sono ovvie, nel senso che al creditore prelazio deve essere assicurato il pagamento nella misura del 20% della parte di credito passata al chirografo per incapacienza. Anzi proprio questa nuova norma dovrebbe indurre i sostenitori della diversa interpretazione dell'art. 177 a cambiare opinione perché, se la parte incapiente non fosse equiparata ai chirografari anche nel trattamento, si arriverebbe al paradosso che verso il creditore prelazio per la parte incapiente il debitore non avrebbe alcun vincolo di soddisfazione minima, per cui i chirografari originari riceverebbero un trattamento diverso e migliore dei chirografari per derivazione.

Il fatto che in entrambe le norme le varie percentuali vengano rapportate all'ammontare dei crediti chirografari indurrebbe a ritenere che le condizioni in esame ricorrano quando venga soddisfatto l'ammontare dei crediti chirografi nel suo complesso nelle misure richieste dalla legge, con la possibilità, quindi, che ai creditori di una classe possa essere offerto meno e a quelli di un'altra classe più delle soglie di cui si è detto, purché sia rispettata la media voluta per le singole fattispecie dal legislatore³². Tuttavia, a parte la implicita debolezza dell'argomento per la equivocità del dato di base, c'è sempre da chiedersi se il legislatore abbia utilizzato l'espressione in questione nel senso attribuitogli, posto che la soluzione da essa dedotta si pone in netto contrasto con l'intento, questo sì chiaro ed evidente, di voler assicurare a ciascun singolo creditore un valore minimo di soddisfazione che non può non essere inferiore alla soglia del 20%, tanto che, come ricordato, la proposta deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore. Intento che sarebbe aggirato se si consentisse, con la possibilità di formare classi differenziate, di offrire ad alcuni creditori un importo inferiore a quello minimo di legge; col rischio, peraltro, di agevolare manovre tese a favorire determinate classi di creditori in danno di quelli più deboli in quanto economicamente poco determinanti per la formazione delle maggioranze³³.

E' pur vero che, *“se il debitore dovesse assicurare a tutte le classi il pagamento di almeno il 20%, la differenziazione di trattamento condurrebbe inevitabilmente alla necessità di prospettare ad alcune un pagamento superiore alla soglia minima fissata per legge”*³⁴, ma lo scopo della formazione delle classi, peraltro non obbligatoria, non è quello di aggirare la legge, ma di offrire trattamenti differenziati (anche se non si esclude un eguale trattamento a classi diverse) nel rispetto della legge, per cui, se in passato il trattamento delle classi era lasciato alla libera autonomia del debitore in mancanza di norme che imponessero il rispetto di una soglia minima, ora che le integrazioni normative dell'ultima riforma impongono di assicurare ai creditori chirografari un pagamento non inferiore al 20% dell'ammontare del credito, diventa conseguenziale che la differenziazione possa essere effettuata soltanto per la parte eccedente.

³² In tal senso, G.B. Nardecchia, *op. e loc.cit.*; F. Lamanna, *op. cit.*, 19; Trib. Pistoia 29 ottobre 2015, *cit.*

³³ Aderiscono a questa soluzione, M. Fabiani, *op. cit.*; G. D'Attorre, *op.cit.* 1168.

³⁴ G.B. Nardecchia, *op. e loc. cit.*.

5. La condizione di ammissibilità delle proposte concorrenti. L'obbligo di assicurare il pagamento delle percentuali.

L'ult. comma dell'art. 160 e il quinto comma dell'art. 163 hanno in comune anche il verbo "assicurare", benchè coniugato in forma diversa in quanto, nel primo, si fa riferimento alla proposta di concordato liquidatorio che deve assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari, nel mentre, nel secondo, al professionista che, nella relazione di cui all'articolo 161, terzo comma, attesta che la proposta di concordato del debitore assicura il pagamento di almeno il quaranta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari o, nel caso di concordato con continuità aziendale di cui all'articolo 186-*bis*, di almeno il trenta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari.

Il fatto che nell'art. 160 si specifichi che la proposta di concordato – che proviene dal debitore – debba assicurare il pagamento ai chirografari della percentuale del 20%, già fa capire che il debitore assume un obbligo in tal senso verso i creditori, obbligo che esce rafforzato dalla nuova formulazione della lett. e) del secondo comma dell'art. 161, per la quale *"in ogni caso, la proposta deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore"*; ed è evidente, come già detto, che questa aggiunta, introdotta contestualmente al nuovo ult. comma dell'art. 160, a questo si ricollega in quanto, specificando il contenuto dell'ampia prescrizione del primo comma della stessa norma, si riflette anche sul contenuto minimale che la proposta si obbliga ad assicurare.

Nell'interpretazione dell'art. 160, quindi, a mio parere, il vero problema non è stabilire se il debitore assuma o non un obbligo verso i creditori, ma capire quale sia l'oggetto di questo obbligo e gli effetti in caso di inadempimento.

Quanto all'oggetto, appare abbastanza chiaro che obbligo di assicurare il pagamento non equivale ad obbligo di garantire il pagamento. Non è, infatti, pensabile che il legislatore abbia voluto dire che il concordato con cessione debba sempre comprendere una ulteriore garanzia data dal debitore di pagare i creditori nei limiti del 20%, perché questa nulla aggiungerebbe alla garanzia già fornita dal mettere a disposizione degli stessi il proprio patrimonio³⁵. Né è pensabile che il legislatore abbia sempre richiesto la garanzia di un

³⁵ Anche se si ammette che nel concordato con cessione il debitore non debba più mettere a disposizione dei creditori l'intero patrimonio (a differenza di quanto si riteneva ante riforma del 2005), è del tutto evidente che una proposta concordataria che prometta il pagamento parziale dei creditori

terzo di soddisfare i creditori nel limite minimo richiesto, perché, in tal modo, sparirebbe la figura del concordato con cessione in quanto sarebbero ammissibili soltanto concordati misti; né, infine, è pensabile che il legislatore abbia soltanto voluto imporre un limite ai tipi di concordato con garanzia, che esistevano prima dell'ultima riforma e continuano ad esistere, sia perché la norma chiaramente fa riferimento ai concordati con cessione lì dove li contrappone ai concordati con continuità, sia perché l'esigenza di porre un minimo di soddisfazione esiste per i concordati liquidatori, ove il livello di soddisfazione è legato alla liquidazione dei beni, nel mentre in un concordato con garanzia vi è qualcuno che assume l'impegno di garantire la soddisfazione dei creditori entro un certo limite e si tratta di valutare soltanto se questo corrisponde alla migliore soddisfazione dei creditori, come appunto nel concordato con continuità.

Del resto il legislatore non ha parlato di obbligo di garantire, ma di obbligo di assicurare il pagamento in una certa misura, e quest'obbligo, una volta escluso che possa tradursi in una garanzia di pagare la percentuale indicata, va configurato immettendolo nel meccanismo del concordato liquidatorio, ove il grado di soddisfazione dei creditori è condizionato dalla liquidazione dei beni messi a disposizione dei creditori. In un concordato con cessione dei beni oggetto dell'obbligazione del debitore è, invero, "l'impegno a mettere a disposizione dei creditori i beni dell'imprenditore liberi da vincoli ignoti che ne impediscano la liquidazione o ne alterino apprezzabilmente il valore"³⁶,

senza contestualmente offrire l'intero complesso dei beni disponibili e accertabili (se la parte di attivo trattenuta è stata occultata, nulla è cambiato rispetto al passato) non avrà alcuna possibilità di successo, salvo situazioni marginali di confine, per cui si può relegare questa fattispecie tra le ipotesi di scuola.

³⁶ Cass. 14 marzo 2014, n. 6022, in *Foro it.* 2014, 11, 3171, per la quale "Nel concordato con cessione dei beni, l'imprenditore assume l'obbligo di porre a disposizione dei creditori l'intero patrimonio dell'impresa e non di garantire il pagamento dei crediti in una misura percentuale prefissata. Nella domanda di concordato con cessione, l'indicazione della percentuale di soddisfacimento dei crediti è dunque necessaria al fine di consentire ai creditori di valutare la convenienza della proposta, nonché la sua fattibilità economica, ma, a meno di un'espressa previsione in tal senso, non costituisce manifestazione di una volontà negoziale sulla quale si forma il consenso o l'accettazione, perché ciò equivarrebbe a ritenere sempre necessaria la soluzione della forma del concordato misto, in cui la cessione è accompagnata dall'impegno a garantire i creditori una percentuale minima di soddisfacimento, laddove l'oggetto dell'obbligazione del concordato con cessione è unicamente l'impegno a mettere i beni a disposizione dei creditori liberi da vincoli ignoti che ne impediscono la liquidazione o ne diminuiscano sensibilmente il valore".

Tanto nella scia dell'indirizzo indicato da Cass., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521 in *Fallimento*, 2013, 149, con nota di M. Fabiani, *La questione "fattibilità" del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni unite*; ivi, 2013, 286, con nota di I. Pagni, *Il controllo di fattibilità del piano di concordato dopo la sentenza 23 gennaio 2013 n. 1521: la prospettiva "funzionale" aperta dal*

giacché, secondo la comune ricostruzione del concordato con cessione dei beni, tale consegna, che – salva previsione espressa di totale, immediata liberazione del debitore – va inquadrata nell’ambito della normativa dettata dall’art. 1977 cod. civ., e segg., non comporta il trasferimento dei beni ceduti con la conseguente liberazione immediata del debitore, ma il trasferimento in favore degli organi della procedura concordataria della legittimazione (mandato irrevocabile) a disporre dei beni ceduti onde procedere alla loro liquidazione; pertanto il debitore, con la consegna dei beni ha esaurito la sua prestazione anche se poi la sua liberazione verso i creditori si produce, a norma dell’art. 1984 cod. civ., soltanto quando i creditori conseguono sul ricavato della liquidazione le somme loro spettanti³⁷. Se è così, come giustamente è stato detto *“il raggiungimento di una determinata percentuale minima non può essere oggetto di ulteriore obbligazione, posto che il risultato finale prescinde dalla condotta del debitore ed è già, in un certo, senso predeterminato dall’intrinseco valore dei beni liquidandi”*³⁸.

L’obbligo di assicurare il pagamento del 20% va quindi proiettato sulla capacità dei beni ceduti di consentire il raggiungimento del risultato prospettato, proprio perché il debitore

richiamo alla “causa concreta”; ivi, 2013, 291, con nota di A. Di Majo, *Il percorso “lungo” della fattibilità del piano proposto nel concordato*; in *Giur. comm.*, 2013, II, 343, con nota di P.F. Censoni, *I limiti del controllo giudiziale sulla “fattibilità” del concordato preventivo*; ivi, 2013, II, 621, con nota di G. Ciervo, *Fattibilità del piano di concordato e atti di frode: i poteri del giudice ex art. 173 l. fall. secondo le Sezioni Unite*; in *Dir. fall.*, 2013, II, 1, con nota di A. Didone, *Le Sezioni unite e la fattibilità del concordato*; ivi, 2013, II, 185, con nota di G.B. Nardecchia, *La fattibilità del concordato preventivo al vaglio delle Sezioni unite*; *Foro it.*, 2013, I, 1534, con note di M. Fabiani, *Concordato preventivo e giudizio di fattibilità: le sezioni unite un po’ oltre la metà del guado*, 1573; di E. Scoditti, *Causa e processo nel concordato preventivo: le sezioni unite alla prova della fattibilità*, 1576; in *Riv. dir. proc.*, 2014, 228, con nota di A. Villa, *Fattibilità del piano concordatario e sindacato giudiziale indiretto*; in *Corr. giur.*, 2013, 383, con nota di L. Balestra, *Brevi riflessioni sulla fattibilità del piano concordatario: sulla pertinenza del richiamo da parte delle Sezioni Unite alla causa in concreto*; ivi, 2013, 428, con nota di V. Carbone, *Controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato preventivo*; in *Giur. it.*, 2013, 2542, con nota di G. Fauceglia, *La Cassazione e il concordato preventivo*; in *Riv. dir. comm.*, 2013, II, 189, con nota di G. Terranova, *La fattibilità del concordato*; in *Società*, 2013, 435, con nota di F. De Santis, *Le Sezioni Unite ed il giudizio di fattibilità della proposta di concordato preventivo: vecchi principi e nuove frontiere*.

³⁷ Tra le tante, Cass. 20 giugno 2011 n. 13446 in *Giust. civ. Mass.* 2011, 6, 924 e, da ult. Cass. 4 marzo 2015 n. 4398, ivi, 2015, rv 634510.

³⁸ V. Zanichelli, *op. e loc. cit.*. Sulla stessa posizione, Trib. Pistoia *cit.*, per il quale *“l’oggetto dell’obbligazione del debitore non si risolve, salvo espressa indicazione in tal senso, nella corresponsione di una individuata percentuale del credito, ma nell’utilità assicurata ai creditori che, in un concordato con cessione dei beni, sarà costituita dai beni messi a disposizione. Una cosa è l’utilità ceduta, altra cosa è la misura della soddisfazione retraibile, rispetto alla quale, in assenza di espressa obbligazione in tal senso, non vi è impegno da parte del debitore”*.

non si obbliga a corrispondere la percentuale indicata nella proposta, ma assume verso i creditori l'impegno al raggiungimento di quel risultato minimo, in quanto assicura che i beni messi a loro disposizione sono idonei, sulla base dei dati verificati anche dall'attestatore, e quindi sulla base di un giudizio prospettico estimativo, a soddisfarli nella misura promessa, che non può essere inferiore a quella indicata dalla legge.

E non è la prima volta che il legislatore utilizza il verbo assicurare in questo senso. Lo ha già fatto nell'art. 182-*bis*, lì dove dispone che l'imprenditore che chiede l'omologa di un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti, deve presentare una relazione (redatta da un professionista che abbia i soliti requisiti) sulla veridicità dei dati aziendali e sull'attuabilità dell'accordo stesso *“con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei nel rispetto dei termini indicati dalla norma stessa”*. E' presumibile che il recente legislatore abbia voluto trasporre nel concordato lo stesso principio, adattato alle esigenze concordatarie, e cioè che il debitore debba accompagnare la proposta e il piano con una relazione che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari.

Si è tornati apparentemente all'antico modello del concordato con cessione dei beni quando il secondo comma dell'art. 160, n. 2, richiedeva come condizione per l'ammissione, che la valutazione dei beni offerti *“faccia fondatamente ritenere che i creditori possano essere soddisfatti almeno nella misura indicata”* del 40% dell'ammontare dei crediti chirografari, con la fondamentale differenza che lì era il giudice a svolgere un tale apprezzamento, nel mentre, nell'attuale modello concordatario, caratterizzato molto più che rispetto al passato dall'elemento negoziale, il compito di fornire dati, informazioni e valutazioni sulla base di riscontri effettuati dall'interno dell'impresa è sostanzialmente affidato alla valutazione di un professionista che, pur non essendo un consulente del giudice – come si desume dal fatto che è il debitore a nominarlo – ha le caratteristiche di indipendenza (ulteriormente indirettamente rafforzate dalle sanzioni penali previste dall'art.236-*bis* l.f.) e professionalità idonee a garantire una corretta attuazione del dettato normativo, tanto da essere equiparato ad un ausiliario del giudice³⁹.

E, proprio il fatto che, rispetto al recente passato, il legislatore richieda ora che il debitore si obblighi ad assicurare i creditori che i beni messi a disposizione siano idonei a

³⁹ Cass. sez.un., 23 gennaio 2013, n. 1521, *cit.*

consentire il pagamento della percentuale prospettata e, comunque, non inferiore al 20% dell'ammontare dei crediti chirografari, fa capire come sia diventato ancor più determinate e rigoroso il compito dell'attestatore; se, invero, il debitore deve dare ai creditori maggiori certezze sul risultato della liquidazione dei beni ceduti per la loro idoneità a realizzare i risultati programmati, quanto meno, di consentire la soddisfazione dei creditori nella misura di legge, ne consegue che la relazione dell'attestatore non può essere fondata su valutazioni prognostiche che si identifichino con una mera previsione probabilistica, ma deve essere ancorata a dati che rendano sostanzialmente sicuro che il risultato voluto dalla legge potrà essere raggiunto, proprio perché assicurare vuol dire che "la proposta ma più propriamente il piano devono dare al creditore chirografario la certezza che dalla liquidazione dei beni si otterrà almeno la richiamata percentuale e cioè devono essere portati elementi concreti che rendano certo, in difetto di eventi assolutamente imprevedibili, che il risultato sarà raggiunto... per cui l'attestazione *"non potrà più limitarsi, come accade, a ritenere non irragionevole la prospettazione del debitore ma dovrà fornire anch'essa elementi oggettivi e riscontrabili che diano la ragionevole certezza circa il risultato prospettato"*⁴⁰.

Quanto sopra detto per il concordato con cessione spiega perché per il concordato con continuità diretta non è stato espressamente posto un livello minimo di soddisfazione (anche se, come detto, l'esenzione è generalizzata per entrambi i tipi di concordato con continuità), proprio perché mentre nel concordato liquidatorio la soddisfazione dei creditori è legata al ricavo dei beni ceduti il cui valore non solo è agevolmente stimabile, ma, principalmente, una volta attentamente determinato, è soggetto a variazioni poco significative, salvo eventi imprevisi e imprevedibili, nel concordato con continuità aziendale la soddisfazione dei creditori è legata ai flussi provenienti dall'attività di impresa, il cui andamento, seppur correttamente e prudentemente valutato all'inizio, è soggetto ad ampie oscillazioni. Questo comporta che il debitore debba garantire ai creditori, ove sia prevista una soddisfazione degli stessi in termini monetari, una percentuale certa, non ritenendosi ammissibile una proposta che prometta genericamente di soddisfare i creditori consentendo, nel contempo, al debitore di mantenere la titolarità dei beni e continuare a gestire la sua attività; di conseguenza, può ben dirsi che il concordato con continuità, *"con riferimento alla proposta, è catalogabile generalmente come concordato con garanzia, con obbligo del*

⁴⁰ V. Zanichelli, *op. e loc. cit.*

*debitore di assicurare ai creditori una percentuale certa di soddisfazione dei loro crediti, con potere di controllo del commissario in relazione al pagamento nei termini della percentuale concordataria*⁴¹.

Il fatto che per questa categoria di concordati il legislatore non abbia posto una soglia minima legale, ma abbia lasciato al debitore il compito di indicare il livello di pagamento che può nella concreta fattispecie assicurare ai creditori, non significa che l'obbligato sia svincolato da qualsiasi limite. Significa, invece, che la percentuale che si impegna a pagare deve essere idonea, seguendo l'interpretazione giurisprudenziale degli ultimi anni, a realizzare la causa concreta del concordato con continuità, fermo restando che per la realizzazione di detta causa non va assicurato il pagamento dei creditori chirografari nella misura del 20% – altrimenti si va contro la norma di legge che ha sottratto i concordati con continuità alla regola sancita per i concordati con cessione – né altra soglia minima più ridotta astrattamente determinata⁴². La tutela dei creditori, in questo caso, è data dalle condizioni di ammissibilità più cogenti richieste dall'art. 186-bis, per il quale che il piano deve contenere anche un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura e la relazione del professionista di cui all'articolo 161, terzo comma, deve attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori.

E si spiegano anche le diverse espressioni utilizzate nell'ult. comma dell'art. 160, per il quale *“la proposta di concordato deve assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari”* e nel quinto comma dell'art. 163, che vieta la presentazione di proposte concorrenti ove *“il professionista attesta che la proposta di concordato del debitore assicura il pagamento di almeno il quaranta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari o, nel caso di concordato con continuità aziendale di cui all'articolo 186bis, di almeno il trenta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari”*.

⁴¹ Trib. Monza 13 febbraio 2015 in www.ilcaso.it.

⁴² Il Trib. Pistoia, *cit.*, ha ritenuto che ai rischi per i creditori insiti nella continuità debba corrispondere una adeguata remunerazione, *“per cui è prevedibile che, per coerenza sistematica, la sia pur minimale consistenza del credito che sarà necessario proporre ai creditori affinché possa dirsi realizzata la causa concreta del concordato in continuità si attesti su una percentuale di almeno il 5%”*. Si tratta di soluzione, come quella analoga in passato indicata da altri tribunali per i concordati liquidatori (ad es. Trib. Modena 3 settembre 2015 in www.ilcaso.it), che seppur dettate da un intento apprezzabile, non mi pare trovino alcun suffragio normativo, tanto che si potrebbe indicare una qualsiasi percentuale inferiore o superiore a quella del 5%.

Come si vede, nell'art. 163 non si fa riferimento alla proposta di provenienza del proponente, né è richiesto un impegno del debitore, ma è previsto solo l'oggettivo accertamento basato su una relazione attestativa del professionista, che la proposta del debitore assicuri il pagamento del 40% o del 30%, a seconda del tipo di concordato, proprio perché, in questo caso, si prospetta una situazione oggettiva cui può non corrispondere un impegno del debitore allo stesso livello.

La differente terminologia utilizzata dal legislatore nel medesimo contesto normativo (sia il quarto comma dell'art. 160 che la prima parte del quinto comma dell'art. 163, di cui si sta discutendo, sono state introdotte in sede di conversione) non è, pertanto, frutto dell'abituale atecnicismo del legislatore, ma è giustificata dalla diversa situazione oggettiva da regolamentare. Invero, con la proposta di concordato il debitore si rivolge ai suoi creditori, indicando ciò che intende offrire loro al posto del regolare e integrale pagamento dei propri debiti alla scadenza, di conseguenza, essa disegna il contenuto delle proprie obbligazioni verso i creditori, il cui livello minimo di soddisfazione è imposto dal comma quarto dell'art. 160, sicché l'impegno di assicurare il soddisfacimento dei creditori entro tale misura costituisce una condizione di ammissibilità della proposta stessa, in mancanza della quale il tribunale provvede a norma del secondo comma dell'art. 162. Nel quinto comma dell'art. 163, invece, il legislatore individua i livelli di soddisfazione al di sotto dei quali sono ammissibili proposte concorrenti (o al di sopra dei quali queste non sono ammissibili), per cui non è necessario che il debitore si impegni ad assicurare i creditori di soddisfarli a quei livelli in quanto il raggiungimento delle soglie poste dalla nuova norma costituisce la condizione per escludere l'ammissibilità di altre proposte concorrenti, per effettuare, cioè, una valutazione che già presuppone l'ammissibilità della proposta del debitore, data la alternatività delle proposte concorrenti ad una già presentata dall'imprenditore in crisi; per l'ammissibilità della proposta del debitore è quindi necessario che egli assuma l'obbligo (nel significato in precedenza specificato) di pagare il minimo indicato dall'art. 160 nel concordato con cessione, o indicato dallo stesso debitore nel concordato con continuità, per l'ammissibilità delle proposte concorrenti è sufficiente che emerga, con la dovuta sicurezza che deriva dall'essere oggetto di una apposita attestazione, il dato obiettivo che non siano raggiungibili le soglie prefissate dal quinto comma dell'art. 163.

Di conseguenza, a mio parere, dovrebbe essere sufficiente (salvo verifiche sulla fattibilità di cui si dirà) ad escludere in un concordato liquidatorio le proposte concorrenti, una offerta in cui il debitore concordatario alleggi una attestazione dalla quale emerge la

idoneità dei beni ceduti ad assicurare il pagamento dei creditori chirografari nella misura del 42%, ma egli assume l'impegno, nel significato sopra detto, di pagare gli stessi nella misura del 30%, in modo da rapportare a questa soglia la valutazione della gravità dell'eventuale inadempimento, fermo restando che il maggior ricavato andrà a favore dei creditori stessi.

Questa ultima considerazione segna, invero, uno snodo fondamentale che crea una netta discontinuità rispetto al recente e al lontano passato.

Rispetto al recente perché finora si riteneva che l'indicazione della percentuale di soddisfacimento dei crediti era necessaria al solo fine di consentire ai creditori di valutare la convenienza della proposta, nonché la sua fattibilità economica, ma non costituiva, salvo un'espressa previsione in tal senso, manifestazione di una volontà negoziale sulla quale si formasse il consenso o l'accettazione, di modo che si escludeva che i creditori che, ciò nonostante, avevano approvato la proposta, potessero chiedere la risoluzione nell'ipotesi in cui la somma ricavata dalla vendita dei beni si discostasse, anche notevolmente, da quella necessaria a garantire il pagamento dei loro crediti nella percentuale indicata, non potendosi configurare inadempimento rispetto ad un'obbligazione che il debitore non aveva assunto⁴³; conclusione che si sovrapponeva a quella ante riforma 2005 della stessa Corte che, seppur con diversa motivazione, affermava, sulla base dell'allora vigente secondo comma dell'art. 186 l.fall., che il concordato con cessione andava risolto “qualora, anche prima del compimento della liquidazione dei beni, emerga che esso sia venuto meno alla sua funzione, in quanto, secondo il prudente apprezzamento del giudice del merito, le somme ricavate dalla vendita dei beni ceduti si rivelino insufficienti, in base ad una ragionevole previsione, a soddisfare, anche in minima parte, i creditori chirografari e, integralmente, i creditori privilegiati⁴⁴.

Ora, modificato l'art.186 l.fall. nel senso che il concordato si può risolvere solo se l'inadempimento non ha scarsa importanza, la percentuale promessa dal debitore costituisce, come si diceva, il parametro cui rapportare la gravità dell'inadempimento che giustifica la risoluzione ed evidenzia come necessariamente debba essere diverso

⁴³ Cass. 14 marzo 2014, n. 6022, *cit.*.

⁴⁴ Cass. 21 gennaio 1993, n. 709 in *Fallimento* 1993, 807. Concetto di recente ripreso da Cass. 4 marzo 2015, n. 4398, *cit.*, con riferimento, appunto, alla formulazione dell'art. 186 l.fall. conseguente alle modifiche di cui al d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, che non aveva toccato questa norma, e prima di quelle intervenute con il d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, che ha scritto l'attuale testo.

l'impegno che il debitore assume nei confronti dei creditori – rispetto al quale può porsi un problema di inadempimento con le relative conseguenze – e l'assolvimento della condizione per l'ammissibilità di proposte concorrenti, il cui inadempimento, pur se rilevante, non può essere causa della risoluzione del concordato omologato.

6. La condizione di ammissibilità delle proposte concorrenti. Limiti del controllo dell'autorità giudiziaria.

Le due norme in esame, quella del quarto comma dell'art. 160 e quella del quinto comma dell'art. 163 sono accumulate anche nel tipo di controllo che il giudice può svolgere, sebbene diverga parzialmente il momento in cui la verifica deve essere effettuata.

Per quanto attiene ai poteri di indagine del tribunale, a me pare non sia cambiato molto rispetto ai criteri ormai “codificati” nella famosa sentenza delle Sezioni Unite del 2013, già richiamata⁴⁵. Questa – e sulla stessa linea la successiva giurisprudenza della S. Corte⁴⁶ – ha affermato che il sindacato del giudice sulla fattibilità di un piano di concordato preventivo si estende alla fattibilità giuridica della proposta, la cui valutazione implica un giudizio in ordine alla sua compatibilità con le norme inderogabili, e anche alla fattibilità economica, 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.

Il tribunale deve, quindi, verificare:

1. l'idoneità della documentazione prodotta (per la sua completezza e regolarità) a corrispondere alla funzione che le è propria, consistente nel fornire elementi di giudizio ai creditori, e, quindi, anche la correttezza e la coerenza delle argomentazioni svolte e delle motivazioni addotte dal professionista a sostegno del formulato giudizio di fattibilità del piano;

2. la non incompatibilità del piano con norme inderogabili (la Corte fa l'esempio della programmata cessione di beni di proprietà altrui). Non è sufficiente, quindi, il rispetto delle norme imperative, ma è necessario che siano correttamente applicate le norme cui il debitore concordatario deve necessariamente attenersi nel confezionare la

⁴⁵ Cass. sez. un. 23 gennaio 2013, *cit.* .

⁴⁶ Cass. 17 ottobre 2014, n. 22045 in www.fallimentiesocieta.it; Cass. 22 maggio 2014, n. 11423, in www.fallimentiesocieta.it; Cass. 30 aprile 2014, n. 9541, in *D&G*, 2014; Cass. 31 gennaio 2014, n. 2130, in *Mass. Giust. civ.*, 2014, rv 629779; Cass. 6 novembre 2013, n. 24970, in *Giur. comm.* 2015, I, 53; Cass. 25 settembre 2013, n. 21901, in *Mass. Giust. civ.*, 2013, rv 627746; Cass. 27 maggio 2013, n. 13083, in *Mass. Giust. civ.*, 2013, rv. 626689; Cass. 9 maggio 2013, n. 11014, in *Mass. Giust. civ.*, 2013, rv 626421.

proposta e il piano; la violazione delle stesse, anche se non sanzionata di per sé, è rilevante quando il piano che le altera determina esiti che diventano irrealizzabili nel momento in cui si chiede di riportarlo nei limiti legali;

3 l'effettiva idoneità della proposta ad assicurare il soddisfacimento della causa della procedura che si realizza, caso per caso, in riferimento alle specifiche modalità indicate dal proponente per superare la crisi mediante una sia pur minimale soddisfazione dei creditori chirografari in un tempo ragionevole.

E, se il sindacato del giudice sulla fattibilità giuridica non incontra particolari limiti, altrettanto non può dirsi dell'indagine sulla fattibilità economica, essendo *“questa intrisa di valutazioni prognostiche fisiologicamente opinabili e comportanti un margine di errore, nel che è insito anche un margine di rischio, del quale è ragionevole siano arbitri i soli creditori, in coerenza con l'impianto generale prevalentemente contrattualistico dell'istituto del concordato”*⁴⁷; di conseguenza, sotto questo profilo, il giudice deve limitarsi alla sola verifica della sussistenza o meno di una assoluta, manifesta non attitudine del piano presentato dal debitore a raggiungere gli obiettivi prefissati, ossia 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. Concetto poi ulteriormente affinato da altri interventi successivi della Corte⁴⁸ che, pur continuando ad ancorare la valutazione di idoneità *prima facie* della proposta alla soddisfazione dei crediti, ulteriormente chiarisce che la valutazione di fattibilità va fatta non tanto con riferimento al rispetto di percentuali e termini di adempimento astrattamente ragionevoli, quanto in concreto con riferimento al rispetto delle percentuali e dei termini di adempimento previsti nella proposta concordataria, di modo che solo quando il piano su cui poggia la proposta è chiaramente e sicuramente non fattibile, esso è da ritenere inidoneo ad adempiere la funzione economico-sociale di regolare la crisi dell'impresa.

Il riferimento al caso per caso e ad una minima soddisfazione dei creditori è giustificato, in questo filone giurisprudenziale, dalla ricerca della causa concreta, intesa come lo *“scopo pratico del negozio (...) sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato”*⁴⁹;

⁴⁷ Cfr. Cass. 22 maggio 2014 n. 11423, *cit.*

⁴⁸ Cfr. Cass. 17 ottobre 2014, n. 22045, *cit.*

⁴⁹ Secondo la definizione introdotta da Cass. 8 maggio 2006, n. 10490 in *Giust. civ.* 2007, 9, 1985.

ricerca, a sua volta, necessitata dal fatto che nel concordato liquidatorio mancava una previsione di un livello minimo di soddisfazione dei creditori, giacchè la percentuale di pagamento eventualmente prospettata non era vincolante, non essendo prescritta da alcuna disposizione la relativa allegazione, ed essendo al contrario sufficiente, come detto, *“l’impegno a mettere a disposizione dei creditori i beni dell’imprenditore liberi da vincoli ignoti che ne impediscano la liquidazione o ne alterino apprezzabilmente il valore”*.

Ora che il legislatore ha posto la soglia minima del 20% di soddisfazione dei creditori chirografari come condizione di ammissibilità del concordato con cessione dei beni, il rispetto di tale limite si pone come possibilità giuridica di dare esecuzione alla proposta di concordato, e di conseguenza il controllo da parte del giudice si traduce prima di tutto nel constatare se la proposta preveda il pagamento dei creditori chirografari nella misura minima di legge.

Questa verifica riguarda la fattibilità giuridica, perché, costituendo la soglia del soddisfacimento minimale una condizione di ammissibilità, il debitore è tenuto al rispetto di questa nuova regola inderogabile, per cui se offre una percentuale di pagamento inferiore a quella legale, la proposta non supera il vaglio dell’ammissibilità.

Con questo, però, non si esaurisce il compito del tribunale, che deve ancora verificare la fattibilità economica, non sembrando convincente la tesi secondo cui ora, poiché l’introduzione della soglia minimale di accesso del 20% costituisce un presupposto di ammissibilità, la fattibilità giuridica sarebbe l’unica tipologia di fattibilità sopravvissuta, come tale destinata ad essere accertata direttamente dal tribunale con valutazione anche di merito⁵⁰. La proposta, infatti, si fonda su un piano che deve contenere la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento, con cui il debitore spiega come adempiere a quanto prospettato ai suoi creditori e di questo piano il giudice deve verificare la fattibilità, ossia la idoneità dello stesso al raggiungimento del risultato minimo di legge o di quello superiore eventualmente proposto dal debitore, dato che, ora come prima, la fattibilità del piano, sia questo diretto a consentire il pagamento dell’1% o del

⁵⁰ In tal senso F. Lamanna, *La legge fallimentare dopo la riforma*, cit., 17; tesi che viene qualificata dal Trib. Pistoia cit. come *“una mera illusione ottica forse più frutto di un pregiudizio ideologico (la pregressa insofferenza verso la distinzione fra fattibilità giuridica e fattibilità economica e relative conseguenze in tema di limiti del controllo giudiziario) che del trompe l’œil costituito da testuale ingresso della percentuale di soddisfazione minima nel contesto della norma che indica i presupposti di ammissione alla procedura”*.

20% o più, è frutto di un giudizio prospettico del debitore, attestato come realizzabile da un professionista.

Questa indagine non cambia, sotto il profilo metodologico, rispetto al passato in quanto il giudice dovrà continuare ad accertare quale sia l'interesse che il contratto di concordato è volto a realizzare; solo che, mentre prima il giudice doveva appurare l'attitudine del piano presentato dal debitore a raggiungere gli obiettivi prefissati, individuabili caso per caso in riferimento alle specifiche modalità indicate dal proponente per superare la crisi mediante una sia pur minimale soddisfazione dei creditori chirografari in un tempo ragionevole, ora che il legislatore, nei concordati liquidatori, ha posto alle parti il limite di cui all'ult. comma dell'art. 160, il controllo del giudice sulla fattibilità deve essere rivolto alla verifica della idoneità del piano al raggiungimento almeno di questo scopo minimale, perché il legislatore per il superamento della crisi richiede che i beni messi a disposizione dei creditori siano idonei a soddisfare i creditori almeno nella misura del 20%.

La proposta di concordato, quindi, continua necessariamente, ad avere ad oggetto la regolazione della crisi, la quale a sua volta può assumere concretezza soltanto attraverso le indicazioni delle modalità di soddisfacimento dei crediti, in esse comprese quindi le relative percentuali ed i tempi di adempimento, ma, ora, nel tradurre in concreto la finalità astratta, il debitore deve rispettare un livello di soddisfazione minimo del 20%; per cui ellitticamente si può dire che la causa concreta è realizzata proprio da un piano che sia idoneo ad assicurare il raggiungimento almeno (ossia di più ma non di meno) di questa soglia, per cui come il professionista incaricato deve attestare la fattibilità del piano anche sotto il profilo della idoneità dei beni ad assicurare il pagamento dei creditori nella misura minima di legge o di quella maggiore indicata nella proposta, così il giudice che in precedenza poteva negare l'ammissione ove *prima facie* emergeva che i beni ceduti non erano idonei a soddisfare i creditori chirografari neanche in minima parte, ora deve verificare, negli stessi limiti di giudizio ormai fissati dalla giurisprudenza, la fattibilità della causa concreta del procedimento di concordato sottoposto al suo esame, che va individuata nella fondata valutazione che ai creditori possa essere corrisposto almeno il 20% dell'ammontare del loro credito.

Non cambiano, quindi, neanche i confini del giudizio del tribunale. E' chiaro che la tematica inerente all'effettivo valore dei beni ceduti alla massa dei creditori con lo scopo di realizzare la causa del concordato preventivo, ossia la soluzione/gestione della crisi attraverso il soddisfacimento di tutti i creditori in un lasso di tempo ragionevolmente breve, inerisce alla cd. fattibilità economica del piano e, pertanto, è devoluta alle

valutazioni prognostiche, sulle quali è chiamata ad esprimersi la massa dei creditori con il voto, favorevole o meno, alla proposta; tuttavia, laddove emerga una assoluta, manifesta inettitudine del piano presentato dal debitore ad assicurare il pagamento ai chirografari del 20% o di quella percentuale maggiore indicata nella proposta, nel che si sostanzia il raggiungimento degli obbiettivi prefissati in concreto, rientra nella sfera di cognizione dell'organo giurisdizionale rifiutare l'ammissione.

Le stesse considerazioni possano essere, pari pari, trasferite nella verifica del raggiungimento delle soglie poste dal quinto comma dell'art. 163 per l'ammissibilità delle proposte concorrenti. Il legislatore della conversione ha, infatti, riportato il rapporto tra gli organi concorsuali nella dimensione introdotte dalla riforma del 2005, che risultava sbilanciato nella versione uscente dal decreto legge n. 83 del 2015, ove la mancanza della indicazione del soggetto che doveva verificare che la proposta iniziale fosse idonea ad attribuire ai creditori chirografari il pagamento del 40% (unica fattispecie prevista), faceva ricadere tale compito sul tribunale, visto che si trattava di valutare l'ammissibilità delle proposte concorrenti.

Nell'attuale definitiva formulazione normativa è l'attestatore che deve esprimere un tale giudizio, per cui al giudice rimane il potere dovere di esercitare una verifica sulla serietà e realizzabilità del risultato indicato, come per la fattibilità in generale del concordato. Il tribunale deve, quindi, svolgere un controllo di legittimità sul giudizio dato dal professionista attestatore, che non può che ispirarsi ai medesimi principi elaborati dalla giurisprudenza in tema di valutazione della fattibilità del piano. Poiché, infatti, la verifica che l'originaria proposta del debitore assicuri il raggiungimento della soglia del quaranta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari passa necessariamente attraverso un giudizio di fattibilità del piano allegato, tale indagine non può che essere retta dagli stessi criteri ed esercitarsi negli stessi limiti che consentono di verificare la fattibilità, nel cui ambito utilizzare anche il contributo delle considerazioni del commissario; sicché anche rispetto alla proposta alternativa la verifica dell'organo giudiziario non è limitata alla completezza, alla congruità logica e alla coerenza complessiva della relazione del professionista, ma è estesa alla realizzabilità del raggiungimento di quella soglia, sia sotto il profilo giuridico, la cui valutazione implica un giudizio in ordine alla sua compatibilità con le norme inderogabili, sia sotto il profilo economico, la cui valutazione implica un giudizio al limitato scopo di verificare la sussistenza o meno di una assoluta, manifesta inidoneità dei dati forniti a raggiungere le soglie indicate dalla legge.

Questo mi sembra il giusto punto di equilibrio tra l'autonomia del debitore- che, a garanzia dei creditori, deve essere suffragata dall'attestazione di un esperto- e controllo giudiziario a tutela di un interesse pubblico di legalità e della minoranza dissenziente per la quale il concordato è comunque vincolante, perché, diversamente, o si darebbe al proponente l'assoluta libertà di evitare proposte concorrenti indicando una soglia di soddisfazione dei creditori irrealizzabile, attestata sì da un professionista, peraltro da lui stesso scelto e nominato, ma non verificabile neanche quando risulti palese il contrario, oppure si reintrodurrebbe un penetrante controllo di merito del tribunale, asintonico rispetto al nuovo impianto concordatario.

Pur essendo identico il contenuto della verifica che il tribunale deve svolgere circa la ricorrenza del requisito di cui al quarto comma dell'art. 160 e quello di cui al quinto comma dell'art. 163, le indagini sono cronologicamente differenziate.

Invero, l'impegno di assicurare il pagamento dei creditori chirografari nella misura del 20% nei concordati liquidatori, costituendo una condizione di ammissibilità del concordato, va sempre controllato al momento in cui vengono esaminate le altre condizioni per l'ammissione, con i normali poteri del giudice di chiedere chiarimenti e integrazioni ai sensi del primo comma dell'art. 162, e la normale necessità che tali condizioni permangano nel corso della procedura, pena la sanzione della revoca, ai sensi del terzo comma dell'art. 173, o la non omologazione. Ovviamente il debitore concordatario può anche proporre un livello di soddisfazione dei creditori superiore a quello minimo di legge, e, in tal caso, avendo egli assunto un obbligo (sempre nel senso in precedenza individuato) verso i creditori di soddisfarli nella misura da lui indicata, la verifica della fattibilità (del cui contenuto si è detto) va attuata con riferimento alla proposta fatta; sicchè se il raggiungimento della soglia indicata non è fattibile il concordato non può essere aperto, seppur sia ritenuto perseguibile il minor grado di soddisfazione previsto dalla legge, posto che la percentuale indicata dall'art. 160 costituisce la misura minima di soddisfazione al di sotto della quale viene a mancare una condizione legale di ammissibilità, ma se il debitore alza quella soglia assumendosi l'obbligo di assicurare ai chirografari una grado di soddisfazione maggiore, diventa questa proposta l'oggetto dell'esame da parte del giudice.

Se, di contro, il tribunale ritiene ammissibile un concordato del genere in cui, ad esempio, il debitore abbia assunto l'obbligo di assicurare il pagamento dei chirografari nella misura del 42%, chi è interessato può egualmente proporre, nel termine fissato dal quarto comma dell'art. 163 di trenta giorni prima dell'adunanza, una proposta alternativa sostenendo che

il risultato indicato dal debitore non è fattibile; a questo punto, poiché la fattibilità della proposta del debitore si riversa sull'ammissibilità della proposta alternativa, il tribunale dovrà riesaminare la questione e se appura (sempre nei limiti di potere di cui si è detto) che quel risultato originariamente proposto e ritenuto fattibile del 42% non è raggiungibile, viene meno la condizione iniziale di ammissibilità del concordato con conseguente revoca dello stesso, a norma dell'ult. comma dell'art. 173.

Quando, invece, il debitore prospetta il pagamento dei creditori chirografari nella misura del 40% in un concordato liquidatorio o del 30% in un concordato con continuità (o superiori) non quale impegno dell'utilità che intende assicurare a costoro, ma, come si è detto essere possibile, quale probabile livello di soddisfazione tale da escludere la possibilità di proposte concorrenti, il raggiungimento di tale risultato si pone non più come una condizione di ammissibilità della proposta principale, ma soltanto come una condizione di ammissibilità delle proposte concorrenti, per cui la verifica su questo aspetto può e deve essere rinviata a quando verranno presentate proposte alternative nel termine di legge; solo in quel momento, infatti, sorge l'utilità di un controllo che, in precedenza, non solo potrebbe risultare superfluo ove non arrivino proposte alternative, ma sarebbe svolta in mancanza di contraddittorio con i soggetti direttamente interessati. Con la diversa conseguenza, rispetto al caso precedente che, ove il tribunale riscontri che le percentuali esposte dal debitori non siano raggiungibili, il concordato rimane – sempre che sia comunque realizzabile la soddisfazione dei chirografari nella misura minima del 20% nei concordati chirografari o quella garantita in quelli con continuità – in quanto non è venuta meno una sua causa di inammissibilità e diventano ammissibili anche le proposte concorrenti; qui, infatti, si instaura una controversia che, seppur si riverbera sull'intera massa dei creditori, rimane circoscritta tra due soggetti (il debitore e il proponente concorrente) in quanto è finalizzata a valutare la sola ammissibilità della proposta alternativa e non già, come nel caso precedente a verificare la ammissibilità della iniziale domanda.

E questa è un'altra ragione che giustifica l'utilità di quella diversificazione di significato tra il quarto comma dell'art. 160 e il quinto comma dell'art. 163, di cui si è detto, in quanto fa emergere il bilanciamento di interessi che il legislatore ha inteso lasciare alle parti: assumere un obbligo di assicurare il pagamento di livelli più elevati, cui si collega il rischio, in caso di non fattibilità, di revoca del concordato che esclude implicitamente il mantenimento di proposte alternative (*amplius* sul punto, in seguito), o impegnarsi ad assicurare il pagamento soltanto del minimo di legge, indicando le quote di soddisfazione

più elevate soltanto come probabile risultato, cui si collega il rischio di consentire proposte alternative qualora quel risultato appaia non fattibile nell'ambito della procedura che continua.

7. Il contenuto delle proposte concorrenti. La rinuncia del debitore.

Una volta appurata l'ammissibilità di proposte concorrenti – sia perché i presentatori ne sono legittimati per essere titolari di almeno il 10% dei crediti indicati dal debitore sia per non aver quest'ultimo assicurato ai chirografari la soddisfazione delle quote accennate – i creditori che le presentano sono tenuti al rispetto delle medesime regole che gravano su chiunque presenti una domanda di concordato, con gli aggiustamenti dettati dal fatto che le proposte alternative intervengono in una procedura già aperta e pendente. Non a caso, infatti, l'art. 163 nulla dice circa il contenuto delle proposte alternative, limitandosi a statuire che i creditori legittimati *“possono presentare una proposta concorrente di concordato preventivo e il relativo piano”*.

I proponenti concorrenti che formulano una proposta liquidatoria sono, infatti, tenuti ad assicurare il pagamento ai creditori chirografari nella misura di cui all'ultimo comma dell'art. 160. Si è ricordato in precedenza che tale norma precisa che la disposizione che impone la soglia minima di pagamento *“non si applica al concordato con continuità aziendale, di cui all'art. 186-bis”* e questa eccezione, di cui si è in precedenza parlato, crea qualche difficoltà ove rapportata alle proposte concorrenti. Nella prassi probabilmente il creditore concorrente presenterà una proposta sulla falsariga di quella del debitore, con probabili miglioramenti, ma la mancanza dell'obbligo della omogeneità non esclude che in un concordato con cessione di beni possa essere presentata una proposta concordataria con continuità e viceversa, per cui in caso di disomogeneità, c'è da chiedersi se il divieto di applicazione dell'ult. comma dell'art. 163 ai concordati con continuità vada riferito alla proposta originaria o a quella alternativa. A mio parere la limitazione opera con riferimento a ciascun tipo di proposta, perché ciascuna di essa individua il tipo di concordato che viene sottoposto ai creditori e che dovrà essere eseguito ove venga da questi scelto e approvato dal tribunale. Di conseguenza, il creditore che propone un concordato liquidatorio in alternativa ad uno con continuità chiesto dal debitore è tenuto ad assicurare ai chirografari il pagamento della percentuale minima di legge, anche se il debitore originario abbia indicato un minore livello di soddisfazione; così come, in posizione invertita, è il debitore che abbia presentato un concordato con cessione a dover assicurare il livello di soddisfazione indicato e non il terzo proponente un concordato con

continuità. Ovviamente saranno i creditori poi a fare le loro valutazioni con l'aiuto della o delle relazioni comparative del commissario.

Nessun altro limite è imposto ai terzi proponenti circa il grado di soddisfazione dei creditori chirografari, per cui è possibile la presentazione di proposte che offrano ai creditori chirografari quote di soddisfazione inferiori a quelle indicate dal debitore (fermo restando che nei concordati con cessione deve comunque assicurare la soddisfazione del 20% dei chirografari) o superiori a quelle indicate dall'art. 163; né, in quest'ultimo caso, la proposta concorrente preclude la presentazione di altre (sempre che non sia scaduto il termine), in quanto le soglie indicate sono dettate solo per la domanda iniziale del debitore.

Ovviamente le nuove proposte dovranno essere migliorative rispetto a quella originaria essendo la scelta rimessa ai creditori che si orienteranno su quella che è, o appare essere, la proposta per essi più conveniente, ma è anche vero che, non essendo richiesta la omogeneità tra le varie proposte, questa scelta, per quanto sia richiesto l'intervento del commissario che deve svolgere anche una valutazione comparativa, non sempre è agevole⁵¹.

Per lo stesso motivo, i terzi proponenti non sono vincolati all'organizzazione dei creditori seguita dai debitori, ma sono liberi di classare i creditori anche se l'imprenditore non lo abbia fatto o lo abbia fatto in modo diverso, fermo restando il controllo del tribunale sulla correttezza dei criteri di formazione delle diverse classi, come espressamente richiesto dal settimo comma dell'art. 163, per il quale *“qualora la proposta concorrente preveda diverse classi di creditori essa, 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”*⁵².

Il fatto che la proposta concorrente presuppone quella del debitore, fa ritenere che il nuovo proponente non debba presentare anche la documentazione di cui alle lette. a), b),

⁵¹ Avendo posto il mancato raggiungimento di determinate soglie di soddisfazione come condizione per dare ingresso alle domande concorrenti, il legislatore avrebbe anche potuto richiedere che le nuove proposte dovessero offrire, a pena di inammissibilità, una percentuale di soddisfazione per i creditori superiore di un tot per cento a quella già offerta dal debitore, in modo da innestare un procedimento più complesso nella gestione della procedura, con relativi costi in termini di danaro e di tempo, solo in presenza di una evidente utilità per i creditori. Tanto, quanto meno, in caso di proposte liquidatorie tra loro comparabili.

⁵² Disposizione, a mio avviso, superflua proprio perché, dovendo le proposte concorrenti rispondere alle regole generali, il tribunale già era abilitato a tale controllo in forza del primo comma dell'art. 163.

c),d) del secondo comma dell'art. 161, visto che già è stata prodotta dal debitore con la sua domanda e che si tratta di dati che il terzo potrebbe anche non conoscere nella sua completezza; a meno che la proposta del terzo non si differenzi da quella iniziale sia per il passivo che, come più probabile, per la disponibilità dell'attivo, potendo il nuovo proponente mettere a disposizione della massa proprie risorse per rendere più allettante la proposta e che, pertanto, deve indicare e documentare.

Insieme alla proposta deve essere presentato il piano che, come qualsiasi piano, deve contenere la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta e deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore, giusto il nuovo disposto della lett. e) del secondo comma dell'art. 161. Il richiamo del piano nel quarto comma dell'art. 163 chiarisce ulteriormente e definitivamente che la concorrenza può svilupparsi soltanto dopo la presentazione di una domanda di concordato pieno, e non anche con riserva, con la quale il debitore si limita a chiedere la fissazione di un termine proprio per formulare una proposta ai creditori, rispetto alla quale soltanto si possono alternativamente proporre altre domande con apposito ricorso.

Il piano e la documentazione devono poi essere accompagnati dalla relazione di un professionista, designato dal debitore, in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo; tuttavia, poiché la nuova proposta interviene dopo quella del debitore, cui era già allegata una attestazione e, probabilmente, il commissario, secondo l'attuale tempistica di cui si dirà, ha già presentato la sua relazione, la nuova disposizione di cui all'art. 163 precisa, allo scopo di evitare spese superflue e agevolare la concorrenza, che la relazione che accompagna la proposta concorrente *“può essere limitata 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 nuovo ruolo assunto nel concordato dal P.M., al quale, a norma del nuovo quinto comma dell'art. 161, va comunicata non più soltanto la domanda di concordato, ma va *“altresì trasmessa copia degli atti e documenti depositati a norma del secondo e del terzo comma, nonché copia della relazione del commissario giudiziale prevista dall'articolo 172”*, nella quale, peraltro, è ora previsto che il commissario illustri le utilità che, in caso di fallimento, possono essere apportate dalle azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie che potrebbero essere

promosse nei confronti di terzi⁵³, induce a ritenere che anche le proposte concorrenti vadano comunicate, con la relativa documentazione, al P.M.. Questi, infatti, in passato l'unica notizia che aveva della possibile esistenza di una procedura concordataria era fornita dalla comunicazione della domanda *ex art. 161* o dalla comunicazione della esistenza di atti di frode *ex art. 173*, finalizzate a mettere l'organo pubblico nella condizione di richiedere la dichiarazione di fallimento a seguito dell'esito infausto della decisione sull'apertura o sulla continuazione della procedura; ora, invece, l'ampliamento del bagaglio informativo di cui viene dotato dimostra che a tale organo si è voluto attribuire una partecipazione più attiva alla procedura, per cui, in questa nuova ottica possono diventare utili fonti di informazioni e conoscenza anche le proposte concorrenti e la relativa documentazione⁵⁴.

Si è già accennato che le proposte concorrenti possono prevedere l'intervento di terzi e che, se il debitore ha la forma di società per azioni o a responsabilità limitata, possono prevedere un aumento di capitale della società con esclusione o limitazione del diritto d'opzione. La prima parte della norma ha lo scopo di coinvolgere soggetti finanziatori e non presenta aspetti di novità in quanto anche la proposta del debitore può prevedere l'intervento di terzi, da un semplice finanziatore ad un assuntore, nel mentre completamente innovativa è la seconda parte della norma, che consente di trasferire l'apporto di nuova finanza direttamente nel capitale sociale, sia perché, come già detto in precedenza, il concordato coinvolgeva soltanto il patrimonio della società e non le partecipazioni dei soci, sia perché la facoltà di incidere sulle partecipazioni sociali dei soci della società debitrice è attribuita alla sola proposta concorrente, mentre sembra rimanere

⁵³ Inoltre, a norma dell'art. 165, il commissario giudiziale comunica 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.

⁵⁴ *Contra*, G. D'Attorre, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, cit., 1172, il quale esclude l'applicazione del quinto comma alla fattispecie delle proposte concorrenti in quanto la comunicazione al P.M. trova una ragione giustificatrice con riferimento all'atto introduttivo del procedimento di concordato (la domanda presentata dal debitore), cui conseguono peculiari effetti nei confronti del debitore, dei creditori e dei terzi, ma non in relazione alla proposta concorrente, che, inserendosi in un procedimento già avviato, questi effetti direttamente non produce. Condivisibile è invece l'opinione che non sia necessaria la comunicazione delle proposte concorrenti al registro delle imprese in quanto lo scopo cui tende l'iscrizione in detto registro è quello di rendere noto che l'impresa è assoggettata a procedura concorsuale e tale scopo è raggiunto con la iscrizione della iniziale domanda, cui nulla aggiungerebbe l'iscrizione della ulteriori domande alternative.

preclusa alla proposta presentata direttamente dal debitore⁵⁵, sia perché particolari sono le modalità di attuazione delle operazioni sul capitale, di cui si dirà.

Una volta ritenuta ammissibile la (o le) proposta alternativa, la stessa può essere assoggettata a revoca ex art. 173, non tanto per alterazione dell'attivo o del passivo o, in genere, per atti di frode che si riallacciano a condotte riconducibili al debitore, ma per il caso che in corso di procedura risulti la mancanza delle condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato (ult. comma dell'art. 173); si tratta, infatti di una proposta che, come quella del debitore, deve sottostare a determinate condizioni, la cui mancanza può essere riscontrata in ogni fase della procedura, anche in sede di omologazione. Peraltro la revoca ex art. 173 è espressamente richiamata dall'art. 185; questo richiamo per la verità è poco appropriato nella fase della esecuzione del concordato, come meglio si dirà in prosieguo, ma rimane il principio che il legislatore ha ritenuto applicabile anche alle proposte concorrenti la revoca.

Qualora, invece, la (o una delle) proposta alternativa venga ritenuta inammissibile, credo che il relativo provvedimento, in applicazione analogica del secondo comma dell'art. 162, sia da ritenere non soggetto a reclamo, ove il ricorso all'analogia è giustificato dal silenzio del nuovo art. 163 sul punto e dalla natura della proposta alternativa equiparabile, come più volte detto, a quella iniziale del de debitore⁵⁶.

I nuovi commi dell'art. 163 parlano delle proposte concorrenti, senza alcun accenno alla domanda, dal che si è dedotto⁵⁷ che i creditori, pur potendo presentare proposte concorrenti, non siano legittimati a presentare domande concorrenti, in quanto il debitore resta il titolare del potere esclusivo di decidere intraprendere la strada concordataria o restare esposto alle possibili alternative.

Questa perspicace intuizione, collegata alla distinzione tra domanda, proposta e piano, non mi pare condivisibile. Non vi è dubbio, ed è stato ricordato fin dall'inizio di questo discorso e più volte ripetuto, che la legittimazione alla presentazione del concordato

⁵⁵ G. D'Attorre, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, cit.,1169, il quale correttamente sottolinea che "il silenzio legislativo sul punto, unito alla circostanza che il legislatore introduce questa possibilità con riferimento specifico alla proposta concorrente, induce a ritenere tutt'ora perdurante il divieto di incidere direttamente sulle partecipazioni sociali nel caso di proposta presentata dalla società-debitrice, che non potrà prevedere aumenti di capitali non deliberati dai competenti organi sociali.

⁵⁶ *Contra*, G. D'Attorre, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, cit.,1173, il quale dal silenzio della norma in materia deduce l'applicazione del principio generale della reclamabilità ex art. 26 L.F..

⁵⁷ G. D'Attorre, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, cit.,1173.

preventivo è rimasta in via esclusiva in capo al debitore e che i creditori, a determinate condizioni, possono presentare proposte di concordato preventivo alternative a quella già depositata dal debitore, ma la dipendenza di queste seconde dalle prima non comporta che i proponenti in via concorrente non presentino una domanda, altrimenti non si capisce come la proposta possa essere introdotta nel procedimento già aperto, posto che è fissato un termine entro il quale le proposte concorrenti, che sono rivolte ai creditori, devono pervenire nel procedimento in corso, e, quindi, presso la cancelleria del tribunale, con i dati identificativi di chi la propone e corredata dagli altri elementi formali di ogni domanda di intervento.

Di certo la domanda dei proponenti non ha né può avere il contenuto di quella del debitore. Questa ha lo scopo di ottenere, attraverso l'apertura della procedura concordataria e l'omologazione successiva, che si crei una struttura idonea a raccogliere il voto dei creditori e a stabilire che la crisi nella quale si dibatte sia regolata secondo la disciplina del concorso e, segnatamente, del concorso concordatario che vincola la minoranza alla volontà della maggioranza; ma una volta creata la struttura nell'ambito della quale possono essere introdotte proposte alternative a quella del debitore, il veicolo per introdurle non può che essere una domanda ricorso, rivolta, come quella del debitore, all'organo giudiziario (per cui opera sul piano del processo), allo scopo di utilizzare quella struttura per raccogliere il voto e poi arrivare all'omologazione su una proposta che regola la crisi del debitore a condizioni diverse di quelle da questi introdotte. E' la identità della crisi che viene gestita che crea un legame tra le varie domande, nel senso che come quella del debitore così quella del terzo vogliono che l'imprenditore sfugga al sistema delle esecuzioni individuali (se versava in stato di crisi non arrivata all'insolvenza) o del fallimento (se in stato di insolvenza) per regolare la crisi con lo strumento dell'autonomia negoziale e cioè di quell'autonomia negoziale che si sostanzia in una proposta che viene rivolta ai creditori sulla base di un piano.

Il legislatore trattando dei creditori concorrenti non ha parlato di domanda proprio partendo dal presupposto che non è il terzo che propone la domanda di concordato nel senso comune del termine, ma è innegabile che questi, come colui che interviene in un processo iniziato da altri, per partecipare a quella procedura già aperta, deve presentare una domanda, con la quale, nel chiedere di partecipare al procedimento in corso, formula ai creditori una proposta alternativa a quella del debitore, corredata dal relativo piano e dalla documentazione richiesta.

Questo discorso non è ozioso, perché si riflette sulle caratteristiche formali della domanda. Così, ad esempio, seguendo questa linea, ne discende che per le società la domanda concorrenziale deve essere approvata e sottoscritta a norma dell'articolo 152, formalità che viene negata da chi esclude che il terzo proponente presenti una domanda. E' vero che costui non subisce direttamente gli effetti della presentazione della proposta di concordato, a differenza della società proponente che sia anche la debitrice-ricorrente (spossessamento attenuato, divieto di pagamento dei crediti anteriori, ecc.), dal che si deduce⁵⁸ che non vi sarebbe ragione per assoggettare le domande introduttive di proposte concorrenti ai requisiti formali indicati dall'art. 152 l.fall., ma è altrettanto vero che il quarto comma dell'art. 161 richiede genericamente che *“per la società la domanda deve essere approvata e sottoscritta a norma dell'articolo 152”*; orbene, poiché, come detto, la proposta concorrente va equiparata a quella del debitore e, come quella di costui, si presenta con una domanda ricorso, credo che debba rispondere agli stessi requisiti, anche formali richiesti per qualsiasi domanda introduttiva di un concordato (e anche di un concordato con riserva), indipendentemente dagli effetti che essa produce sulla società proponente.

Altro, e più importante settore su cui il discorso appena fatto si riversa è quello degli effetti della rinuncia del debitore alla propria domanda di concordato e della tenuta delle domande concorrenti in caso di rinuncia alla domanda iniziale da parte del debitore o di revoca ex art. 173.

In primo luogo non mi pare che la facoltà di rinuncia possa venir meno per la presenza di proposte concorrenti dal momento che sono queste subordinate alla necessaria presentazione della domanda del debitore e non il contrario, né la nuova normativa ha inciso in qualche modo su questa materia, per cui, come in passato, il debitore conserva la libertà della rinuncia fino all'approvazione da parte dei creditori, secondo i fautori della tesi contrattualistica, o, secondo i sostenitori di una concezione più pubblicistica (quorum ego), fino alla pronuncia del decreto di omologazione⁵⁹. E' vero che il nuovo secondo comma dell'art. 172 ha fissato il termine per la modifica delle proposte fino a quindici giorni prima dell'adunanza dei creditori, ma questo termine non può essere preso come riferimento anche per determinare la data finale per esercitare il ritiro della domanda, data la diversa natura e finalità dei due atti: la modifica è, infatti, espressione della volontà di

⁵⁸ G. D'Attorre, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, cit., 1172.

⁵⁹ Anche di recente la S. Corte, pur affrontando l'argomento (cfr. Cass. 28 aprile 2015, n. 8575 in *Giust. civ. Mass.* 2015, rv 635252) non ha preso posizione sul punto, anche se sembra propendere più per questa seconda soluzione.

voler continuare la procedura a condizioni differenti, nel mentre la rinuncia si traduce sostanzialmente in un abbandono della relativa proposta, atteggiandosi quindi come una revoca della stessa⁶⁰. Ferma restando la possibilità di intravedere nel comportamento abdicativo del debitore, ove presenti poi una nuova domanda, una utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal legislatore; ossia un abuso di diritto che potrebbe ben starci ove l'esercizio del diritto di rinuncia, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto per evitare la sottoposizione ai creditori di proposte concorrenti e, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte⁶¹.

Rimane, invece, il problema della permanenza o meno delle proposte concorrenti in caso di rinuncia del debitore alla propria domanda o anche di revoca dell'ammissione in corso di procedura ex art. 173.

L'accennata dipendenza della proposta alternativa e la mancanza di una domanda i quest'ultima inducono a ritenere che la proposta del terzo sta e cade con la domanda presentata dall'imprenditore in crisi⁶².

A mio parere la proposta concorrente approvata dai creditori, e, a maggior ragione, ove anche omologata, non può essere bloccata dalla rinuncia del debitore principale perché i creditori hanno appunto già scelto la proposta del terzo rigettando quella del debitore. Ovviamente il mantenimento delle proposte concorrenti priva il debitore di qualsiasi difesa dal momento che, anche se questi ritira la domanda per cercare di risolvere la crisi in altro modo, rimane la possibilità di esproprio da parte dei creditori, ma la legge prefigura i rischi, e vantaggi, cui va incontro chi ricorre alla misura concordataria; del resto, la decadenza delle proposte concorrenti attribuirebbe al debitore la libertà di disporre della sorte delle altre domande vanificando lo scopo della norma, senza che sia prevista alcuna sanzione (se non vi sono domande, non può essere dichiarato il fallimento) né alcuna forma di risarcimento, non tanto per l'organizzazione giudiziaria inutilmente approntata (che è un costo pubblico che può rilevarsi superfluo in ogni caso

⁶⁰ S. Ambrosini, *La disciplina della domanda di concordato preventivo*, cit., 816; *Contra*, F. Lamanna, *La legge fallimentare*, cit., 33.

⁶¹ Cfr. in proposito, Cass. sez. un. 15 maggio 2015, n. 9935, in *Giust. civ. Mass.* 2015, rv 635325.

⁶² S. Ambrosini, *La disciplina della domanda di concordato preventivo*, cit., 816; G. D'Attorre, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, cit., 1173.

di rinuncia, anche in mancanza di proposte concorrenti e che probabilmente dovrebbe essere in qualche modo considerato), ma nei confronti di chi ha presentato proposte alternative, affrontando inevitabilmente delle spese⁶³.

Di contro, ove sia stata approvata la proposta del debitore (o sia intervenuta l'omologa), la rinuncia dello stesso, o la revoca, dovrebbe far venir meno anche le altre essendosi i creditori già espressi e non essendo prevista una nuova votazione né un ripescaggio.

La soluzione diventa molto più incerta quando la rinuncia del debitore (come la revoca della sua domanda) intervenga prima della votazione. A mio parere, anche in questo caso la rinuncia del debitore è influente sulle altre proposte, dato che la presenza di una proposta del debitore è condizione per la presentazione di altre alternative da parte dei creditori e non anche per la permanenza delle stesse perché queste, una volta che siano state legittimamente presentate, acquistano una loro autonomia e non possano essere sottratte alla valutazione dei creditori; assimilerei questa situazione a quella dei creditori che intervengono nel processo esecutivo muniti di titolo esecutivo, che consente loro di procedere anche nel caso che il primo pignorante receda.

8. Il procedimento e la tempistica.

Le proposte concorrenti e i relativi piani possono essere presentati fino a trenta giorni prima dell'adunanza dei creditori, per dar modo al commissario di fare una relazione integrativa e ai creditori di valutare la proposta concorrente. Il termine è quanto mai preciso, per cui non possono sorgere dubbi sulla determinazione dello stesso, che non siano i soliti legati al calcolo a ritroso, ormai risolti dalla giurisprudenza⁶⁴.

⁶³ Eppure il legislatore non è stato sordo a questa esigenza risarcitoria perché nell'ult. parte del terzo comma dell'art. 163-bis, che tratta delle offerte concorrenti, prevede, appunto, che nel caso venga scelta l'offerta di un concorrente, in favore del primo offerente *“il commissario dispone il rimborso delle spese e dei costi sostenuti per la formulazione dell'offerta entro il limite massimo del tre per cento del prezzo in essa indicato”*.

⁶⁴ Questa, infatti, unanimemente afferma che *“il quarto comma dell'art. 155 cod. proc. civ. (diretto a prorogare al primo giorno non festivo il termine che scada in un giorno festivo) e il successivo quinto comma del medesimo articolo (introdotto dall'art. 2, comma 1, lett. f, della legge 28 dicembre 2005, n. 263, e diretto a prorogare al primo giorno non festivo il termine che scada nella giornata di sabato) operano anche con riguardo ai termini che si computano “a ritroso”, ovvero contraddistinti dall'assegnazione di un intervallo di tempo minimo prima del quale deve essere compiuta una determinata attività. Tale operatività, peraltro, deve correlarsi alle caratteristiche proprie di siffatto tipo di termine, producendo il risultato di individuare il “dies ad quem” dello stesso nel giorno non festivo cronologicamente precedente rispetto a quello di scadenza, in quanto, altrimenti, si produrrebbe l'effetto contrario di una abbreviazione dell'intervallo, in pregiudizio per le esigenze*

La norma pone un termine finale oltre il quale le proposte concorrenti non possono essere presentate, ma non un termine iniziale, tuttavia considerato che, come detto fin dall'inizio, la nuova figura presuppone l'apertura di una procedura di concordato in cui le proposte alternative possono inserirsi, è da ritenere che prima della presentazione della proposta del debitore e della sua dichiarata ammissibilità, sia precluso ai terzi formulare altre proposte. A maggior ragione questa nuova figura non mi sembra configurabile nel concordato con riserva, ove manca la proposta principale, il piano e l'attestazione che assicuri il raggiungimento delle soglie minime di cui si è discusso.

L'introdotta competitività e il termine fissato per la presentazione delle domande alternative ha determinato la modifica di parte della disciplina procedurale e, in particolare, la riscrittura dell'intera tempistica delle varie incombenze.

A. Data dell'adunanza dei creditori e termine per l'omologazione.

La possibilità di presentare proposte alternative fino a trenta giorni prima dell'adunanza dei creditori diventava incompatibile con il precedente termine di fissazione della stessa non oltre trenta giorni dalla data del provvedimento, per cui, ora, a norma del n. 2 del secondo comma dell'art. 162, *“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”*⁶⁵.

Ovviamente, se l'adunanza dei creditori può essere fissata non più a 30 giorni, ma a 120 giorni dal provvedimento di ammissione, il termine per l'omologa di 180 giorni dalla presentazione del ricorso, previsto dall'art. 181, doveva essere allungato perché impossibile da rispettare, e ciò il legislatore ha fatto, seppur soltanto con la legge di conversione, stabilendo, nell'art. 181, che *“l'omologazione deve intervenire nel termine di nove mesi dalla presentazione del ricorso ai sensi dell'articolo 161”* e che *“il termine può essere prorogato per una sola volta dal tribunale di sessanta giorni”*.

L'allungamento del termine di cui all'art. 181 a nove mesi non è sufficiente in presenza di proposte concorrenti⁶⁶, per cui è presumibile che il ricorso alla proroga diventi spesso

garantite dalla previsione del termine medesimo”. In termini Cass. 30 giugno 2014, n. 14767, in *Giust. civ. Mass.* 2014, rv 631570, che riprende un indirizzo ormai consolidato.

⁶⁵ Il meccanismo che parametra il *dies a quo* per la presentazione delle offerte alternative all'udienza per l'adunanza dei creditori dovrebbe indurre i giudici ad un estremo rigore sul rispetto delle date fissate; un rinvio dell'udienza, infatti, rimetterebbe in corsa possibili proposte concorrenti che non potevano più essere presentate.

⁶⁶ Basta fare, infatti un semplice conteggio. Presentato 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, se utilizza il tempo massimo concesso dalla legge, fissa

necessitato e, a volte insufficiente, 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 nove mesi per l'omologa dalla data del ricorso.

B. Compiti del commissario inerenti le proposte concorrenti.

Aperta la procedura di concordato, il commissario giudiziale deve redigere l'inventario e 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. 1) e nello stesso termine deve comunicarla a mezzo posta elettronica certificata a norma dell'articolo 171, secondo comma.

L'unica modifica, rispetto al testo precedente è il nuovo termine per il deposito della relazione, che è stato portato da dieci a quarantacinque giorni prima dell'adunanza dei creditori; è stato, altresì precisato che nella relazione, come già accennato, il commissario deve illustrare le utilità che, in caso di fallimento, possono essere apportate dalle azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie che potrebbero essere promosse nei confronti di terzi (art. 172, co. 1)⁶⁷ e deve rilevare tutti i fatti che possono interessare ai fini delle

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; se nel frattempo sono state presentate una o più proposte concorrenti e nessuna di queste raggiunge le maggioranze, nè in udienza né nei 20 giorni di cui all'art. 178, il giudice entro i 30 giorni successivi emette il decreto per mettere al voto la proposta che ha conseguito la maggioranza relativa, dando un termine per la comunicazione ai creditori (il minimo indispensabile sembra essere 10 giorni) e un termine che segni l'inizio per la manifestazione del voto (almeno altri 10 giorni minimo), a partire dal quale decorrono i venti giorni nei quali i creditori possono far pervenire il proprio voto; e passano così, non meno di altri 70 giorni (ma è verosimile che siano di più) che, sommati ai 150 già decorsi, si arriva a 220 giorni dalla presentazione del ricorso. Ossia sono già passati oltre sette mesi solo per arrivare alla votazione e stabilire se sono state raggiunte le maggioranze di legge, sempre che non vi siano modifiche, che richiedono un ulteriore allungamento dei tempi o altri intoppi; orbene è impensabile che in meno di due mesi si arrivi all'omologa, specie se vi sono opposizioni. Probabilmente sarebbe stato meglio fissare nell'art. 181 il termine di un anno per l'omologa in modo da evitare che i tribunali siano costretti alla sistematica violazione, come di fatto è finora accaduto, essendo rari i casi in cui si sia arrivati a definire la procedura entro i sei mesi; o, quanto meno, fissare un termine più lungo di quello indicato nel caso di presentazione di proposte concorrenti.

⁶⁷ La norma riprende la prassi, in cui i commissari hanno sempre esposto ai creditori le possibili alternative al concordato e le relative conseguenze in modo da mettere i creditori in condizione di esprimere un voto consapevole; tuttavia, il fatto che ora una norma indichi espressamente che il

indagini preliminari in sede penale e dei quali viene a conoscenza nello svolgimento delle sue funzioni, da comunicare senza ritardo al pubblico ministero (art. 165 co. 5).

Al di là di queste incombenze che il commissario deve comunque espletare in qualsiasi concordato, in vista dell'arrivo di proposte concorrenti, il legislatore ha dovuto rimodulare i compiti di tale organo, prevedendo, in primo luogo, l'assolvimento di una funzione informativa propedeutica proprio alla presentazione delle proposte (o di offerte) concorrenti da parte dei terzi, essendo ovvio che tali iniziative presuppongono la conoscenza dei dati economici, patrimoniali e finanziari del debitore. Dispone, infatti il secondo comma dell'art. 165 che *“il commissario giudiziale fornisce ai creditori che ne fanno richiesta, valutata la congruità della richiesta medesima e previa assunzione di opportuni obblighi di riservatezza, le informazioni utili per la presentazione di proposte concorrenti, sulla base delle scritture contabili e fiscali obbligatorie del debitore, nonché ogni altra informazione rilevante in suo possesso. In ogni caso si applica il divieto di cui all'articolo 124, comma primo, ultimo periodo”*.

Quest'ultimo richiamo delle limitazioni poste per il debitore dall'ultimo periodo del primo comma dell'art. 124 ha la funzione di impedire che vengano richieste informazioni al solo scopo di preparare, da subito, una richiesta di concordato fallimentare, ma non elimina certo il pericolo che creditori e terzi possano venire pretestuosamente a conoscenza di dati anche riservati dell'impresa del debitore da sfruttare, non tanto per partecipare alla soluzione della crisi, quanto per carpire informazioni (fornitori strategici, clienti, listini prezzi, margini, politiche di mercato etc.). Né tale rischio è eliminato dalla sottoscrizione di un impegno di riservatezza perché, se questo può in qualche modo costituire una remora alla divulgazione delle informazioni riservate ricevute, non può impedire, per la impossibilità di controlli e di sanzioni efficaci, che queste siano utilizzate per scopi direttamente o indirettamente diversi da quelli per i quali sono state fornite, specie se si tratta di imprese operanti nello stesso settore, ove il rafforzamento della funzione obbiettiva di accrescere la trasparenza per eliminare la asimmetria informativa restringe inevitabilmente le esigenze di riservatezza per la preservazione del valore dell'azienda in crisi, fino a rendere non immaginario il pericolo che la possibilità di acquisire dati riservati possa avere l'effetto di svilire il valore dell'impresa contesa e le sue performance future, con detrimento delle ragioni dei creditori.

Il legislatore, ben conscio della scarsa efficacia degli accordi di riservatezza, ha lasciato al commissario la libertà di valutare la congruità della richiesta e l'utilità delle informazioni,

commissario debba valutare anche questi aspetti costituisce sicuramente una ulteriore spinta ad una indagine ancor più approfondita sugli aspetti presi in considerazione.

al fine appunto, di evitare di evadere richieste meramente defatigatorie e di fornire informazioni non funzionali alla presentazione di una proposta (o di una offerta) concorrente. Si tratta di una disposizione che indubbiamente attribuisce al commissario una valutazione pregnante di merito⁶⁸ in quanto la congruità richiede un giudizio sia in relazione alla tipologia di informazioni richieste sia in relazione alle dimensioni, composizione societaria, identificazione dei beneficiari reali, dotazioni patrimoniali, ecc. del richiedente, così come l'utilità richiede un esame della funzionalità della richiesta allo scopo di effettuare una *due diligence* per addivenire alla presentazione di una proposta (o di una offerta) concorrente; d'altra parte, però sconta tutti i limiti in cui si trova lo stesso commissario che, in particolare nella fase iniziale della procedura in cui le proposte possono presentarsi, ancora non conosce l'impresa in concordato in modo tale da aver acquisito quelle informazioni utili rilevanti di cui i terzi avrebbero bisogno, sebbene il nuovo comma 4-*bis* dell'art. 163, imponga al debitore di consegnare al commissario giudiziale entro sette giorni dalla data del decreto di ammissione copia informatica o su supporto analogico delle scritture contabili e fiscali obbligatorie, che non sempre contengono le informazioni idonee allo scopo⁶⁹, tanto che il nuovo terzo comma dell'art. 165 prevede che il commissario fornisca agli interessati anche “*ogni altra informazione rilevante in suo possesso*”.

Qualora nel termine di cui al quarto comma dell'articolo 163 (trenta giorni prima dell'adunanza dei creditori) siano depositate una o più proposte alternative, il commissario giudiziale, che ha già depositato la sua relazione sulla iniziale domanda del debitore quarantacinque giorni prima della data dell'adunanza, riferisce in merito ad esse con relazione integrativa da depositare in cancelleria e comunicare ai creditori, con le modalità di cui all'articolo 171, secondo comma, almeno dieci giorni prima dell'adunanza dei

⁶⁸ Non mi sembra illogica l'attribuzione di tale compito al commissario giudiziale invece che al giudice delegato (per la illogicità, G. D'Attorre, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, cit., 1171, che richiama l'art. 90 per l'accesso al fascicolo fallimentare) perché si tratta di una valutazione di merito riguardante dati dell'impresa (e non del fascicolo d'ufficio), che il commissario può conoscere per l'esercizio della sua funzione di vigilanza sulla gestione.

⁶⁹ Gli esperti di economia aziendale spiegano con chiarezza che “molte delle informazioni rilevanti per le decisioni aziendali non risiedono nelle scritture contabili obbligatorie, ma in dati statistici, di contabilità analitica ed industriale (ad esempio ordini in portafoglio, marginalità per cliente, difettosità del prodotto, costo unitario diretto di produzione, incidenza dei costi dei singoli fattori produttivi sul costo totale, entità dei costi fissi, ecc), a cui il commissario non può avere accesso diretto”; in termini, G. Savioli, *Concorrenza nel mercato e per il mercato delle crisi d'impresa*, cit..

creditori (art. 172 co. 2). Analoga relazione integrativa deve essere redatta qualora emergano informazioni che i creditori devono conoscere ai fini dell'espressione del voto (art. 172 comma 3), come, ad esempio modifiche della proposta.

Questa nuova tempistica che parte dalla anticipazione del termine per il deposito della relazione da parte del commissario a 45 giorni prima dell'udienza mi sembra priva di valida giustificazione.

In primo luogo può attardare la procedura. Anticipata, infatti, la relazione a 45 giorni prima dell'adunanza, considerato che il commissario per redigerla deve avere svolto le dovute indagini, oltre che redigere l'inventario, ne consegue che il tribunale, anche avendone la disponibilità in agenda, 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 e posizioni più critiche; 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 stato 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, giusto il nuovo disposto dell'ult. parte del secondo comma dell'art. 172 (con conseguente abrogazione del secondo comma dell'art. 175, che consentiva tale facoltà fino all'inizio delle operazioni di voto). In questo scadenziario sarebbe stato, a mio avviso, 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, proprio per il fatto che le relazioni integrative devono contenere una particolareggiata comparazione fra tutte le proposte depositate (art. 172, comma 2) in modo da fornire ai creditori un quadro preciso per manifestare un voto informato e consapevole, sarebbe stato utile al commissario, per esprimere un giudizio più approfondito, acquisire anche la relazione sulla fattibilità da allegare alle proposte concorrenti – e che invece, può essere omessa appunto perché è già presente quella del commissario, come visto – ed anche i creditori avrebbero potuto meglio orientarsi disponendo di una sola comprensiva relazione comparativa tra le più proposte da parte

del commissario, piuttosto che di una riferita alla proposta del debitore e altre successive che prendono in considerazione le nuove proposte e le modifiche.

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 le informazioni utili per svolgere una più approfondita *due diligence* ai fini proprio della predisposizione e della presentazione di proposte, con la possibilità, quindi, di accedere a dati anche più riservati di quelli che vengono trasfusi nella relazione, posto che questi possono ottenere “*ogni altra informazione rilevante*” in possesso del commissario.

Ciò che, comunque, emerge chiaro dalla anticipazione del termine per il deposito della relazione, dalla possibilità di ottenere informazioni e dalla necessità di allegare una attestazione sulla fattibilità solo nel caso in cui la questione non sia stato oggetto di verifica del commissario, è l'intenzione del legislatore di cercare di superare quella asimmetria informativa che privilegia il debitore rispetto agli altri eventuali proponenti al fine di agevolare la presentazione di proposte alternative nell'interesse della massa dei creditori.

C. Approvazione.

C.1. Adunanza.

La possibilità di introdurre proposte alternative ha comportato modifiche anche nella disciplina dello svolgimento dell'adunanza e della votazione.

E' stato, infatti, modificato il primo comma dell'art. 175 nel senso che ora all'adunanza il commissario giudiziale deve illustrare non solo la sua relazione e le proposte definitive del debitore, ma anche quelle eventualmente presentate dai creditori ai sensi dell'articolo 163 comma quarto; di conseguenza, da un lato, “*ciascun creditore può esporre le ragioni per le quali non ritiene ammissibili o convenienti le proposte di concordato e sollevare contestazioni sui crediti concorrenti*” e, dall'altro, il debitore, oltre alla solita facoltà di rispondere e contestare a sua volta i crediti, “*può esporre le ragioni per le quali non ritiene ammissibili o fattibili le eventuali proposte concorrenti*”.

In sostanza l'adunanza dei creditori è quel luogo ove si realizza un contraddittorio incrociato tra tutti i soggetti interessati, come accade, *mutatis mutandis*, all'udienza di verifica dei crediti nel fallimento, con la sostanziale differenza che, in sede concordataria, il giudice delegato, a norma dell'art. 176 rimasto immutato, può solo “*ammettere*

provvisoriamente in tutto o in parte i crediti contestati ai soli fini del voto e del calcolo delle maggioranze, senza che ciò pregiudichi le pronunzie definitive sulla sussistenza dei crediti stessi”; sicchè sulle altre contestazioni che dovessero sorgere in quella sede circa l’ammissibilità delle proposte concorrenti o di quella iniziale, non può pronunciarsi, neanche in via provvisoria il giudice delegato, ma lo può fare il tribunale, o in un procedimento per revoca ex art. 173 o nella fase della omologazione, seguendo i criteri in precedenza accennati per l’ammissibilità, che si rifanno a quelli sulla fattibilità, che, come è noto, deve ricorrere in tutte le fasi del concordato.

C.2. Votazione e maggioranze.

Il nuovo quinto comma dell’art. 175 prevede che le proposte siano sottoposte al voto dei creditori seguendo l’ordine temporale del loro deposito, per cui è chiaro che la prima ad essere posta all’attenzione dei creditori è sempre quella presentata dal 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.

La preferenza data alla proposta del debitore in caso di parità ben si spiega con l’opportunità di privilegiare l’offerta del titolare dell’impresa quando i creditori non hanno effettuato una scelta sicura, nel mentre il ricorso alla priorità cronologica in caso di parità tra proposte concorrenti è un criterio come un altro che si rifà all’ordine con cui le varie proposte vengono sottoposte all’esame dei creditori.

Bisogna dare atto al nuovo legislatore della scrupolosa minuziosità con cui ha regolamentato i vari possibili esiti del voto, eliminando molti dei dubbi nascenti dalla più generica formula dell’art. 128 nel concordato fallimentare⁷⁰. In particolare, è apprezzabile che sia stato chiarito 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 – che ora ha assunto una centralità ancor più evidente che in passato in quanto in essa la discussione 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 il loro voto nel termine di venti giorni di cui al quarto comma dell’art. 178.

⁷⁰ Ove, peraltro, salvo intervento del giudice delegato, ai creditori viene sottoposta una sola proposta, quella scelta dal comitato dei creditori, giusto il disposto del secondo comma dell’art. 125.

La successione delle votazioni, una su ciascuna proposta, seppur nella contestualità dell'unica adunanza, fa capire chiaramente come sia possibile per ogni creditore esprimere il voto su ciascuna, sia diversificando il proprio parere, favorevole per una e negativo per l'altra, sia manifestando il consenso per ognuna quando ritenga tutte le proposte convenienti e non sappia scegliere, o il dissenso per ciascuna quando ritenga tutte le proposte non soddisfacenti⁷¹.

Non vedo, configurato in tal modo il nuovo sistema, alcuna difficoltà ad individuare la proposta che abbia raggiunto le maggioranze e da portare quindi all'omologa perché il voto di ogni creditore sarà conteggiato per ciascuna proposta in senso favorevole o contrario a seconda di come il votante si è espresso; ovviamente, se il creditore ha votato a favore (o contro) tutte le proposte, come tale sarà considerato nella determinazione delle maggioranze raggiunte da ognuna di esse. Né il voto plurimo, per il fatto che potrebbe incidere allo stesso modo per tutte, perde significato perché gli effetti potrebbero essere diversi per ciascuna proposta dato che bisogna tener conto dei consensi raccolti dalle altre proposte; ammesso, infatti, che la proposta A abbia ricevuto consensi del 30% dei creditori e la proposta B del 45%, il voto favorevole del creditore che rappresenti il 7% del monte crediti permette alla sola proposta B di arrivare e superare il 51%, nel mentre, di contro, il dissenso dello stesso creditore per tutte le proposte non consente a nessuna delle due di raggiungere la maggioranza assoluta.

Per la verità, la norma presenta ancora qualche imprecisione, lì dove dice che “*si considera approvata la proposta che ha conseguito la maggioranza più elevata dei crediti ammessi al voto*”, in quanto tale formulazione potrebbe far pensare che sia da considerare approvata la proposta prevalente tra le presenti, anche se non ha raggiunto la maggioranza dei crediti ammessi al voto, e che non sia richiesta la maggioranza tra classi, ma tali dubbi vanno immediatamente rimossi perché, successivamente, la norma prende in considerazione l'ipotesi che “*nessuna delle proposte concorrenti poste al voto sia stata approvata con le maggioranze di cui al primo e secondo periodo del presente comma ...*”, da cui si capisce chiaramente che il concordato è approvato solo se riceve il voto dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto e che, qualora siano previste classi di creditori, se la tale maggioranza si raggiunge anche nel maggior numero di classi; per poi aggiungere in chiusura del comma, ad ulteriore definitivo chiarimento, che “*In ogni caso si applicano il primo e secondo periodo del presente comma*”.

⁷¹ G. D'attorre, *Le proposte di concordato*, cit., 1176; L. Varotti, *Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare* (terza parte), in www.ilcaso.it.

E' chiaro, quindi, che il legislatore, quando dice che *“si considera approvata la proposta che ha conseguito la maggioranza più elevata dei crediti ammessi al voto”*, presuppone che siano state raggiunte le maggioranze di legge e dispone che, tra più proposte che abbiano superato questi livelli, si ritiene approvata quella ha riportato il maggior numero di consensi (e in caso di parità stabilisce quale debba prevalere); tant'è che poi prende in considerazione l'ipotesi che nessuna delle proposte *“sia stata approvata con le maggioranze di cui al primo e al secondo periodo del presente comma”*⁷².

Non mi pare, quindi che il giudice, all'esito della votazione, debba identificare la proposta che è quella che ha ottenuto il maggior numero di voti favorevoli – a questo fine sarebbero indirizzati gli accenni sulla parità –, e poi valutare se questa proposta prevalente abbia raggiunto i quorum regolandosi di conseguenza⁷³, avendo il legislatore previsto due situazioni: una in cui una proposta raggiunga le maggioranze di legge (con la sottospecie della eventuale parità) e altra in cui nessuna delle proposte abbia raggiunto i quorum. Continua, infatti, il nuovo primo comma dell'art. 117, statuendo che, ove nessuna delle proposte concorrenti poste al voto sia stata approvata con le maggioranze di cui al primo e secondo periodo del presente comma – esito abbastanza prevedibile in presenza di più proposte che possono portare ad una dispersione del voto –, *“il giudice delegato, con decreto da adottare entro trenta giorni dal termine di cui al quarto comma dell'articolo 178, senza necessità di fissare una nuova udienza, 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 voto con le modalità previste dal predetto articolo”*. Risulta chiaro da questa disposizione che l'ipotesi presa in considerazione è quella che nel termine di venti giorni successivo all'adunanza nessuna delle proposte abbia raggiunto le maggioranze di legge, tant'è che il giudice deve attendere il decorso del termine di cui al quarto comma dell'art. 178 prima di prendere l'iniziativa di chiedere una nuova espressione di voto sulla proposta che nella votazione precedente e nei venti giorni successivi all'adunanza ha ricevuto il maggior numero di consensi, ma non quelli necessari per le maggioranze, con la ovvia conseguenza che detta iniziativa non va presa, ma si passa direttamente al giudizio di omologa ove una delle proposte abbia raggiunto le maggioranze di legge nel termine di cui al quarto comma dell'art. 178.

⁷² Soluzione questa che ben si concilia (costituendone nel contempo una ulteriore conferma) con l'affermazione precedente della ammissibilità del voto favorevole del creditore su più di una proposta in quanto solo in tal caso si potranno avere più proposte che superino la maggioranza di legge.

⁷³ Così, G. D'Attorre, *Le proposte di concordato*, cit., 1175.

Per la verità anche questa parte della norma che prevede che nessuna proposta sia stata approvata presenta qualche pecca, ma sono facilmente superabili. Mi riferisco alla formulazione dell'*incipit*, secondo cui si ricorre al descritto meccanismo “*quando nessuna delle proposte concorrenti ammesse al voto sia stata approvata...*”, che potrebbe far pensare che siano prese in considerazione le sole proposte presentate da creditori o terzi in alternativa a quella del debitore, nel mentre la fattispecie riguarda la non approvazione da parte dei creditori di alcuna delle proposte in discussione, compresa quella del debitore, essendo evidente che anche questa diventa concorrente con le altre ed è ammessa al voto per prima, per cui se questa è l'unica che raggiunge le maggioranze di legge si procede verso l'omologazione.

Eguale è facilmente superabile la mancanza di qualsiasi indicazione circa il soggetto che deve provvedere alla comunicazione ai creditori, perché, qualora il giudice non disponga diversamente attribuendo nel decreto tale compito al debitore o ad un creditore proponente, ritengo che debba essere il commissario a procedervi, in quanto organo della procedura che deve dare esecuzione ai provvedimenti del giudice. Non mi sembra, invece, superflua l'indicazione del termine per la comunicazione del provvedimento del giudice⁷⁴ dato che, dovendo questo essere comunicato ai creditori, è giusto che sia specificato il termine entro cui effettuare la comunicazione, evitando le solite discussioni che si collegano ad espressioni più vaghe, come “immediatamente” o “nel più breve tempo possibile” e simili. Piuttosto il legislatore poteva evitare di fissare un termine per l'inizio della decorrenza per la manifestazione del voto, posto che, una volta posta come obbligatoria la comunicazione, il termine poteva decorrere dalla ricezione di questa.

C.3. Abolizione del silenzio assenso.

Con il decreto legge n. 83 del 2015 le proposte concorrenti si inserivano nel meccanismo di voto basato sul silenzio assenso, introdotto nel 2012⁷⁵ con la modifica del quarto comma dell'art. 178, per il quale “*i creditori che non hanno esercitato il voto in assemblea possono, nei venti giorni successivi alla chiusura del verbale, far pervenire il proprio dissenso per telegramma o per lettera o per telefax o per posta elettronica e, in mancanza, si ritengono consenzienti e come tali sono considerati ai fini del computo della maggioranza dei crediti. Le manifestazioni di dissenso e di assenso, anche presunti a norma del presente comma, sono annotate dal cancelliere in calce al verbale*”.

⁷⁴ Così F. Lamanna, *La legge fallimentare*, cit., 36.

⁷⁵ Con la legge 7 agosto 2012, n. 134, che ha convertito in legge il d.l. 22 giugno 2012, n. 83.

Era abbastanza evidente che il meccanismo del silenzio assenso – a sua volta preceduto da una apposita adunanza – mal si conciliava 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 (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 la proposta sottoposta alla sua attenzione. Quando sono portate al voto due o più proposte, il silenzio perde la sua inequivocità in quanto non può più presumersi una adesione silente a più proposte eventualmente tra loro molto differenti, per cui, in questi casi, l'inerzia, che si traduce nel non voto, più che adesione, esprime indifferenza per le varie proposte, con uno scollegamento tra l'assenso e il silenzio in quanto l'indifferenza comunque non equivale ad adesione. Inoltre, 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 i creditori sono costretti a prendere espressa posizione per far passare la proposta che ritengono più conveniente manifestando il dissenso per le altre⁷⁶.

Il legislatore della conversione si è reso conto di tanto ed ha modificato il quarto comma dell'art. 178, che ha assunto il seguente tenore: *“I creditori che non hanno esercitato il voto possono far pervenire lo stesso per telegramma o per lettera o per telefax o per posta elettronica nei venti giorni successivi alla chiusura del verbale. Le manifestazioni di voto sono annotate dal cancelliere in calce al verbale”*.

E' sparito, come si vede, l'inciso secondo cui i creditori che non hanno votato in assemblea né hanno espresso il loro dissenso nei venti giorni successivi all'adunanza *“si ritengono consenzienti e come tali sono considerati ai fini del computo della maggioranza dei crediti”*, nonché ogni riferimento all'assenso presunto, stabilendo che i creditori possono far pervenire il loro voto anche nei venti giorni successivo all'adunanza. E, correttamente il nuovo legislatore parla di voto e non di adesioni, come disponeva l'art. 178 prima della riforma del 2012, perché ora ciascun creditore è messo in condizione di esprimere il

⁷⁶ In un breve commento al d.l. n. 83 del 2015, prima della conversione, avevo affrontato questo argomento e, dopo aver evidenziato una serie di incongruenze nel mantenimento del silenzio assenso, concludevo dicendo che esisteva una “alternativa molto netta: o si elimina il criterio del silenzio assenso o si eliminano le proposte concorrenti”. Cfr. G. Bozza, *Brevi considerazioni su alcune norme dell'ultima riforma*, in www.fallimentiesocietà.it, 2015.

proprio voto, favorevole o contrario, su ciascuna proposta, anche nei venti giorni successivi all'adunanza, e se non lo fa il suo silenzio – che dipenda da disinteresse e o da convinta scelta contraria ad una o a tutte le proposte presenti – equivale a non voto, che assume il significato del dissenso per il fatto che si calcolano, ai fini delle maggioranze, i voti favorevoli rispetto all'ammontare dei crediti ammessi al voto e non per il fatto che ora al termine adesione è stato sostituito nell'art. 178 quello di voto⁷⁷.

Tale sostituzione, piuttosto, può rilevare sotto il profilo della libertà di ripensamento, nel senso che ciascun creditore, potendo esprimere il voto nei venti giorni successivi all'adunanza, potrà anche modificare in questo spazio temporale il voto già espresso in assemblea, sia per cambiare il voto contrario in favorevole – come era consentito in passato per il fatto che la norma prevedeva che nei venti giorni successivi potevano pervenire soltanto adesioni – sia nel trasformare il voto favorevole il contrario, essendo venuta meno quell'unica barriera lessicale che impediva questo tipo di cambiamento.

Con le modifiche in esame molte delle incongruenze che il silenzio assenso determinava nell'applicarlo alle proposte concorrenti sono state eliminate, seppur la mancanza del requisito della omogeneità tra le varie proposte richiede alcune attenzioni nella determinazione delle maggioranze. Se, infatti, la proposta A del debitore non prevede la formazione di classi e la proposta B contiene 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.

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; anche in questo caso, che nel sistema del silenzio assenso creava l'imbarazzo di come considerare il silenzio, oggi è inquadrabile nel nuovo meccanismo di voto, per cui il creditore potrà votare a favore della proposta che ritiene più favorevole o anche tacere, con le conseguenze dette.

La situazione diventa più complessa, ma egualmente gestibile seppur con non poche difficoltà, ove nella proposta A sia previsto il pagamento degli ipotecari per intero,

⁷⁷ Il criterio del silenzio assenso è rimasto nel concordato fallimentare, ove la diversa regola può avere un senso se si ragiona sul fatto che il voto viene lì espresso all'interno di una procedura 'protetta'. Così M. Fabiani, *L'ipertrofica legislazione*, cit..

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). In questo caso, indubbiamente vi è la difficoltà di sottoporre al voto più proposte in cui i creditori possano esprimere il voto solo per alcune (nell'esempio fatto, 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), ma nulla esclude che per ciascuna proposta si tenga conto dei voti espressi in relazione al totale dei crediti aventi diritto al voto per ciascuna di esse⁷⁸.

Rimane il fatto che il ritorno al sistema del voto espresso renderà più difficile l'approvazione dei concordati a favore di soluzioni alternative che, è inutile nascondere, saranno il più delle volte costituite dal fallimento.

C.4. Il voto del creditore proponente.

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.

Questa disposizione, che legalizza un chiaro conflitto di interessi, crea non pochi problemi. In primo luogo mi sembra incoerente che, nel momento in cui è stato esteso il divieto di voto alla società che controlla la società debitrice, alle società da questa controllate e a quelle sottoposte a comune controllo così come già previsto nel concordato fallimentare⁷⁹, e sono stati esclusi dal computo della percentuale del 10% richiesta per la presentazione di proposte concorrenti i crediti delle società controllanti, controllate o sottoposte a comune controllo, si ammetta che un soggetto voti sulla

⁷⁸ G. D'Attorre, *Le proposte di concordato*, cit., 1176. In precedenza, nello scritto *Brevi considerazioni su alcune norme*, cit., io avevo definito questo problema irrisolvibile, ma si trattava di un commento al d.l. n. 83 del 2015 quando ancora vigeva la regola del silenzio assenso, eliminata, come detto nel testo, con la legge di conversione.

⁷⁹ Non è stato ovviamente ripreso l'ult. comma dell'art. 127 che esclude dal voto anche coloro che abbiano acquistato il credito dopo la dichiarazione di fallimento, salvo che siano effettuati trasferimenti a favore di banche o altri intermediari finanziari, perché l'art. 163 prevede espressamente che i crediti possano essere trasferiti anche in corso di procedura.

proposta da lui presentata in un sistema, che, peraltro, per garantire la genuinità e la trasparenza della votazione, vieta l'espressione del voto e astrae dal computo delle maggioranze anche il coniuge del debitore, i suoi parenti e affini fino al quarto grado ecc.. Evidentemente il legislatore si è rifatto ad un isolato precedente della S. Corte⁸⁰ che ha statuito che “va ammesso alla votazione anche il creditore che abbia formulato la proposta di concordato fallimentare” posto che *“non è configurabile il conflitto d'interessi tra i creditori uti singuli e quelli 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 comunità involontaria”*; altro motivo che ha spinto il legislatore può essere stato quello più volte dichiarato di incrementare il mercato dei *distressed debts*, contando sul fatto che il creditore che presenta una proposta concorrente ha interesse anche a sostenerla col voto e farla approvare, per cui è portato ad acquistare crediti ben oltre la soglia del 10% richiesta per la legittimazione alla presentazione della proposta.

Bisogna dire che non era facile trovare un equilibrio tra i contrastanti interessi del debitore che non vota sulla sua proposta non potendo essere creditore verso se stesso, del terzo proponente che, votando, accetta una proposta fatta da lui stesso, e la massa degli altri creditori che hanno interesse a far passare la proposta più conveniente attraverso una competizione equa e non condizionata degli interessi personali. Se, infatti, è vero che il creditore concorrente che esprime il voto sulla proposta da lui presentata assume l'innaturale duplice ruolo del proponente e (parzialmente, cioè per il suo voto) dell'accettante, con possibilità anche di essere determinante nell'approvazione ove abbia la maggioranza, è altrettanto vero che non si può sterilizzare la posizione di chi sia, o sia divenuto per acquisti, titolare di almeno il dieci per cento dei crediti risultanti dalla situazione patrimoniale depositata ai sensi dell'articolo 161, secondo comma ed abbia investito capitali per legittimarsi alla proposizione di una proposta alternativa, anche perché se il nuovo proponente che sia titolare della maggioranza dei crediti non potesse votare, la sua proposta sarebbe automaticamente destinata all'insuccesso; e se anche il suo credito fosse espunto dal computo delle maggioranze, l'approvazione della sua proposta sarebbe rimessa alla minoranza dei creditori.

Il compromesso trovato dal legislatore è, come visto, quello di subordinare il voto dei proponenti la proposta alternativa alla loro collocazione in una autonoma classe,

⁸⁰ Cass. 10 febbraio 2011, n. 3274, in *Fallimento* 2011, 403, particolarmente criticata proprio sul punto in questione; cfr M. Fabiani, *La ricerca di una tutela per i creditori di minoranza nel concordato fallimentare e preventivo*, in *Giur. comm.* 2012, 2, 298 ed ivi richiami.

pensando probabilmente che, esclusa la formazione di una classe unica, il proponente dovrebbe formare almeno tre classi ed ottenere la maggioranza almeno in due di esse, oltre che la maggioranza quantitativa dei crediti, ponendo così un condizionamento all'eventuale maggioranza precostituita con l'acquisto di crediti. Inoltre la presenza di classi renderà più agevole le opposizioni in sede di omologa per gli altri creditori ai sensi del quarto comma dell'art. 180, senza la necessità di dover rappresentare almeno il venti per cento dei crediti ammessi al voto.

Non so se questo meccanismo di contemperamento, per la verità fin troppo blando, permetterà di superare il vaglio di una possibile eccezione di incostituzionalità; di sicuro però, a mio avviso, la previsione della formazione di una autonoma classe per i creditori proponenti proposte alternative non esclude l'applicazione delle altre limitazioni al diritto di voto poste dall'art. 177, per cui sono esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze, con riferimento a ciascuna proposta che viene messa ai voti, il coniuge del proponente la proposta oggetto di votazione, i suoi parenti e affini fino al quarto grado, la società che controlla la società proponente, le società da questa controllate e quelle sottoposte a comune controllo, nonché i cessionari o aggiudicatari dei loro crediti da meno di un anno prima della proposta di concordato⁸¹. Il fatto che nell'ult. comma dell'art. 177 si faccia riferimento al coniuge, parenti e società collegate al debitore non esclude che gli stessi divieti debbano valere per il o i terzi creditori proponenti quando si vota sulla loro proposta dal momento che ciascuna proposta, superato il debito di dipendenza dalla necessaria presentazione della prima domanda del debitore, ha una propria autonomia, va sottoposta al vaglio dei creditori e per la votazione debbono valere le stesse regole, anche allo scopo di evitare ulteriori disparità di trattamento, oltre quella espressamente creata dalla legge quando ha ammesso al voto il creditore proponente; disparità, peraltro, determinata dal fatto che il terzo proponente per definizione deve essere un creditore verso l'imprenditore in concordato, nel mentre questi non può vantare crediti verso se stesso.

Indubbiamente, per eliminare ogni disparità di trattamento tra debitore e creditore proponente sarebbe stato opportuno porre il divieto di voto a carico di questi ultimi o, più in generale a carico di chiunque si trovi in conflitto di interessi, ma avendo il legislatore scelto altra strada, se si ammette che il coniuge, parenti, affini e società

⁸¹ G. D'Attorre, *Le proposte di concordato*, cit., 1177, ritiene che questi soggetti possano esprimere il voto sulla proposta concorrente portando questo aspetto a prova della disparità di trattamento a carico del debitore che subisce l'esclusione dal voto anche di queste categorie di creditori.

collegate con il debitore non possono votare sulla proposta presentata da questi, egualmente lo stesso divieto deve valere anche per gli stessi soggetti legati al terzo proponente quando si vota sulla sua proposta; oppure, di contro, se in quest'ultimo caso costoro possono votare, coloro che si trovano nella stessa relazione con il debitore dovrebbero poter esercitare lo stesso diritto di voto quando si vota la proposta di questi; interpretando in modo letterale l'ult. comma dell'art. 177, il divieto posto dallo stesso riferito alla sola proposta del debitore creerebbe una disparità di trattamento in contrasto con i principi fondamentali della nostra carta costituzionale.

Eguale problematica si pone anche con riferimento agli altri divieti di voto, per cui i creditori prelatizi soddisfatti integralmente non hanno diritto di voto e i creditori prelatizi parzialmente capienti in base alla stima di cui al secondo comma dell'art. 160 votano per la parte passata al chirografo, anche se inclusi in una apposita classe. Il che non è di poco conto, perché questa limitazione comporterà che solo i creditori chirografari o equiparati avranno interesse a formulare proposte concorrenti e che il mercato dei *distressed debts* sarà ridotto solo a tale categoria di crediti, perché sarebbe impensabile che un creditore prelatizio che viene soddisfatto proponga una proposta alternativa o che un creditore acquisti crediti assistiti da prelazione allo scopo di legittimarsi alla presentazione di una proposta alternativa, per far passare la quale non potrà utilizzare i crediti acquisiti se non rinuncia alla prelazione⁸².

C.5. L'omologazione.

La proposta approvata dai creditori viene poi portata all'omologazione, il cui giudizio segue le regole ordinarie qualunque sia la proposta oggetto dello stesso. Tuttavia, quando è stata approvata una proposta di un creditore proponente credo che debba essere attribuita anche al debitore la legittimazione a proporre opposizione, specie se già in sede di adunanza ha contestato l'ammissibilità e la fattibilità della proposta concorrente, sebbene l'art. 180, che non è stato toccato dalla recente riforma, continui a parlare di

⁸² E sotto questo profilo riemerge in tutto il suo spessore la difficoltà a conciliare le proposte alternative con i crediti prelatizi in caso di incapacienza, di cui si è già fatto cenno, perché il creditore proponente che si trova in tale condizione potrà considerare l'intero suo credito ai fini del raggiungimento della soglia del 10%, ma potrà inserire in una classe soltanto la quota incapiente passata al chirografo, per la quale può esprimere il voto, giusto il disposto del terzo comma dell'art. 177, altrimenti si ammette al voto anche la parte di credito soddisfatta; per non parlare della soddisfazione dei creditori prelatizi nel concordato con continuità, ove bisogna conciliare la formazione delle classi in cui inserire i proponenti con la formulazione della lett. c) del secondo comma dell'art. 186bis, che non ha ancora trovato una adeguata e lineare sistemazione interpretativa.

creditori opposenti, essendo evidente l'interesse del debitore ad opporsi all'omologa di un concordato che dispone dei suoi beni, fino a poterglieli sottrarre. A maggior ragione deve attribuirsi la legittimazione all'opposizione al singolo socio della società a responsabilità limitata o per azioni che ha chiesto il concordato quando la proposta del terzo prevede un aumento di capitale della società con esclusione o limitazione del diritto d'opzione.

L'omologazione segna comunque il momento della produzione degli effetti della proposta concorrente nei confronti del debitore e nei confronti degli altri creditori. Il primo, infatti, fino a quel momento ha conservato l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, sotto la vigilanza del commissario giudiziale, come letteralmente dispone il primo comma dell'art. 167 e, soltanto dopo l'omologazione, tale disponibilità passa a chi deve dare esecuzione alla proposta, anche con mezzi coattivi, come si vedrà.

Non credo, invece che tali mezzi, che si sostanziano nella sostituzione gestoria del debitore, possano essere applicati in precedenza per risolvere eventuali conflitti tra la gestione del debitore e le aspettative dei terzi proponenti, neanche dopo l'approvazione, dato che l'art. 185 li prevede per la fase di attuazione della proposta omologata; così come, pur capendone lo spirito, non credo che il giudice possa, in caso di proposta con continuità aziendale, autorizzare ai sensi dell'art. 167 l.fall., *“il subentro immediato (del terzo) nella conduzione dell'azienda per evitare che la proposta vincente non possa trovare poi concreta attuazione e che comunque il salvataggio dell'azienda fallisca”*⁸³.

Prima dell'omologa il debitore è libero di assumere quei comportamenti che sono coerenti col proprio piano anche se sono state presentate e ritenute ammissibili proposte concorrenti, perché, non conoscendosi ancora quale proposta sarà scelta, il debitore non può che adoperarsi per il successo del proprio piano, anzi, un allontanamento da questo fine potrebbe giustificare la revoca, col rischio anche di compromettere la realizzabilità di altre proposte. E questo credo che costituisca l'ostacolo più arduo per lo sviluppo del nuovo istituto delle proposte concorrenti perché non sono rari i casi in cui il debitore concordatario chieda l'autorizzazione a compiere atti urgenti di straordinaria amministrazione già in pendenza del termine di cui al sesto comma dell'art. 161, o a sciogliersi da alcuni contratti ex art. 169-bis non più funzionali al suo piano, o a finanziarsi ex art. 182-quater e 182-quinquies, o al trasferimento anticipato dell'azienda o di un ramo della stessa, e così via, tutte possibilità cui può accedere soltanto il debitore che continua a gestire la sua impresa; per non parlare della difficoltà del terzo a porsi come interlocutore

⁸³ In tal senso F. Lamanna, *La legge fallimentare*, cit., 35.

dei lavoratori e dei sindacati per eventuali accordi sindacali, indispensabili nel caso la proposta preveda il trasferimento di azienda o di un ramo della stessa.

Dopo l'approvazione da parte dei creditori di una proposta concorrente, invece, lo scenario cambia, perché il debitore sa che sarà quella proposta ad essere assoggettata all'omologa, per cui assume l'obbligo di tenere comportamenti coerenti col piano concordatario del terzo, pena la revoca del concordato⁸⁴, ma non credo che possa ammettersi, prima dell'omologa, alcuna altra forma di più diretta protezione del terzo proponente. Revoca che, ovviamente, non risolve il problema della tutela del terzo in quanto il debitore, vista l'approvazione della proposta altrui, potrebbe avere interesse alla revoca perché con questa, se non pendono istanze di fallimento, ritorna *in bonis* e potrebbe cercare altre soluzioni alla crisi della sua impresa; a meno che non si riconosca che, dopo l'approvazione di una proposta concorrente, la revoca, così come si è detto per la rinuncia alla domanda da parte del debitore, non fa venir meno la procedura.

Quanto ai creditori è altrettanto chiaro che, come in ogni concordato, l'accordo con essi raggiunto con l'accettazione della proposta tramite il voto, è privo di effetti se manca la omologazione, con la particolarità, rispetto all'accoglimento della proposta del debitore, che qui l'effetto dell'omologa è quello di vincolare i creditori dissenzienti (art. 184), nel mentre l'omologa di una proposta concorrente ha una valenza costitutiva della produzione di effetti anche sui beni altrui ed ha lo scopo di vincolare anche il debitore all'adempimento della proposta altrui, con le sanzioni previste dall'art. 185 in caso di inadempimento; e tale vincolo sorge solo con l'omologa perché prima non si saprebbe come spiegare che un accordo tra un terzo (creditore che rappresenti almeno il 10% dell'ammontare dei crediti) e la massa dei creditori possa avere e produrre effetti sui beni del debitore.

Ovviamente il concordato costruito sulla proposta alternativa approvata dai creditori può anche non essere omologato. In tal caso, penso che non possano essere esaminate per l'omologa le altre proposte, anche se per avventura avessero ottenuto anch'esse le maggioranze, perché la legge non prevede il ripescaggio. Come in ogni caso di non

⁸⁴ M. Fabiani, *L'ipertrofica legislazione concorsuale*, 15, cit., afferma che l'art. 185 l.fall. avrebbe più semplicemente dovuto prevedere, di *default*, che in caso di proposta concorrente la gestione dell'impresa è affidata ad un commissario *ad acta* che deve dialogare col terzo proponente. Considerazione opportuna, tanto più quando in un concordato con continuità diretta si innestano proposte di terzi dello stesso tipo (ipotesi di difficile realizzazione proprio perché il terzo rimane estraneo alla gestione dell'impresa fino all'omologa), ma, appunto, il legislatore ha previsto la gestione commissariale solo nella fase esecutiva post omologa, come si vedrà.

omologa, cessano gli effetti del concordato e il debitore, se non viene dichiarato il suo fallimento a norma del settimo comma dell'art. 180, potrà riproporre la domanda di concordato.

I decreti di omologa emessi – con eccezione dell'omologa senza opposizione, per il quale espressamente il terzo comma dell'art. 180 dispone che il tribunale provvede con “*decreto motivato non soggetto a gravame*” – o di rigetto sono impugnabili con reclamo alla corte di appello, la quale pronuncia in camera di consiglio, a meno che non vi sia stata, contestuale al rigetto, la dichiarazione di fallimento, nel qual caso con lo stesso reclamo è impugnabile la sentenza dichiarativa di fallimento (art. 183). E tanto, considerato, per un verso, che i decreti acquistano efficacia solo quando sono decorsi i termini per l'impugnazione, senza che sia stato proposto il reclamo e, per altro verso, che legittimato a proporre reclamo contro un decreto di omologa di una proposta concorrente è anche il debitore (atteso che, come detto, può presentare opposizione all'omologa), evidenzia ancor più le difficoltà in cui viene a trovarsi il terzo proponente, che disporrà dei beni e, se ha proposto un concordato in continuità, avrà la disponibilità dell'impresa solo al momento in cui il decreto di omologa diventa definitivo.

9. L'esecuzione del concordato in caso di omologa di una proposta concorrente.

La possibilità, connessa alla presentazione di proposte alternative, che possa essere approvata dai creditori e omologata dal tribunale una proposta di concordato, con relativo piano, presentata da un terzo, ha indotto il legislatore ad emanare una disciplina per l'esecuzione di un piano di concordato diverso da quello proposto dal debitore, muovendo dalla verosimile considerazione che questi, il più delle volte, non ha interesse a realizzare la soluzione prospettata da altri in alternativa alla sua o comunque non è animato dallo stesso spirito collaborativo che avrebbe avuto nel dare esecuzione al piano da lui presentato per risolvere la crisi.

Ciò il legislatore ha fatto intervenendo sull'art. 185 con l'aggiunta di quattro nuovi commi che trattano esclusivamente della esecuzione del concordato in cui sia stata omologata una proposta concorrente, senza toccare le pur imprecise⁸⁵ e carenti disposizioni preesistenti, applicabili a tutti i tipi di concordato.

In primo luogo, nel nuovo terzo comma dell'art. 185 è dettato l'obbligo per il debitore di compiere ogni atto necessario a dare esecuzione ai termini della proposta alternativa

⁸⁵ Il primo comma dell'art. 185 parla ancora di “sentenza” di omologa e l'occasione poteva essere opportuna quanto meno per correggere questa ormai erronea qualificazione.

approvata e omologata; obbligo molto vago, ma che acquista concreta consistenza per le sanzioni comminate per l'inadempimento o per il ritardo nell'adempimento. Il tribunale, infatti, su istanza del commissario giudiziale oppure del creditore che abbia presentato la proposta approvata e omologata, può attribuire, seguendo la procedura descritta nei commi 4 e 5, al commissario giudiziale i poteri necessari per porre in essere gli atti richiesti ai fini dell'esecuzione della proposta in luogo del debitore inadempiente.

Come si vede i soggetti legittimati a prendere l'iniziativa sono esclusivamente il commissario e il soggetto che ha presentato la proposta di concordato approvata e omologata, e non gli altri creditori, né eventuali altri creditori proponenti usciti sconfitti nella valutazione dei creditori; il che ben si spiega perché il commissario giudiziale esercita la vigilanza sull'esecuzione del concordato e il creditore che ha presentato la proposta omologata ha il chiaro interesse a che la stessa sia portata ad esecuzione.

Questa diversa posizione dei soggetti legittimati ha determinato piccole differenze di rito a seconda di chi prende l'iniziativa, per cui il commissario che rileva che il debitore non sta provvedendo al compimento degli atti necessari a dare esecuzione alla proposta omologata o ne sta ritardando il compimento, deve senza indugio riferirne al tribunale (comma quarto), nel mentre il creditore proponente, nelle medesime condizioni, può denunciare al tribunale i ritardi o le omissioni da parte del debitore, mediante ricorso al tribunale notificato al debitore e al commissario giudiziale (comma quinto).

In entrambi i casi mi sembra che debba instaurarsi il contraddittorio con il debitore, il commissario e il creditore interessato; questo, per la verità, è previsto espressamente solo nel comma quinto, ove si richiede che il ricorso del proponente sia notificato al debitore e al commissario, ma quando è questi a prendere l'iniziativa non vi è motivo per cui il tribunale non debba egualmente sentire gli altri soggetti interessati. Ed, infatti, anche nel quarto comma si chiarisce che il tribunale, prima di attribuire al commissario i poteri necessari a provvedere al posto del debitore, sente il debitore; audizione giustamente omessa nel quinto comma essendo prevista la preventiva notifica.

Il dato più rilevante da sottolineare è come vengano enormemente ampliati i poteri del commissario nella fase di esecuzione perché questi, sia che prenda lui l'iniziativa per far fronte all'inerzia o al ritardo del debitore o che la prenda il terzo proponente, da organo di sorveglianza sull'adempimento del concordato (art. 185, primo comma) – che si traduce nella composita funzione *“di vigilanza, informazione, consulenza ed impulso, complessivamente finalizzate al controllo della regolarità del comportamento del debitore ed alla tutela dell'effettiva informazione dei creditori, ma non anche di amministrazione o gestione, nè di rappresentanza del debitore*

o del ceto creditorio”⁸⁶ –, può assumere ora la gestione attiva della procedura per adempiere a quelle incombenze cui avrebbe dovuto provvedere il debitore affinché il piano concordatario venga portato ad esecuzione regolare, anche senza la collaborazione del debitore.

Si è creata la figura di un commissario *ad acta*, utilizzabile per l’adempimento di proposte concorrenti nella fase, quindi, successiva all’omologa; eppure un simile intervento sostitutivo del commissario sarebbe stato opportuno, in via cautelare, anche prima dell’omologa, in presenza di proposte concorrenti, quanto meno dopo la scelta dei creditori in favore di una di queste, per dare al terzo proponente la garanzia di una gestione dell’impresa non disfunzionale ai suoi interessi.

Inoltre, la il ricorso alla figura del commissario *ad acta* è possibile solo ove sia stata omologata una proposta concorrente e non quando queste manchino o comunque sia stata scelta e omologata quella del debitore, perché si presume che, in tal caso, il debitore collabori all’adempimento. Purtroppo la realtà ha dimostrato che così non è e che sono numerosi i concordati nei quali, pur non essendo stata esercitata alcuna concorrenza, si riscontrano inadempimenti ripetuti, di fronte ai quali i creditori, unici legittimati a proporre l’azione di risoluzione, rimangono inerti per non farsi carico delle spese di una iniziativa giudiziaria, il più delle volte di scarsa utilità. Si è persa l’occasione per estendere lo stesso modello di commissario ad ogni ipotesi di inadempimento in qualsiasi fattispecie concordataria, atteso che questa nuova funzione attribuita al commissario non è diretta a tutelare l’interesse del singolo creditore proponente ma dell’intera massa creditoria, che ha le stesse aspettative di adempimento anche in mancanza di proposte alternative⁸⁷.

La parte più innovativa e di più difficile interpretazione delle nuove disposizioni è quella contenuta nel sesto comma dell’art. 185, che così recita: “*Fermo restando il disposto dell’articolo 173, il tribunale, sentiti in camera di consiglio il debitore e il commissario giudiziale, può revocare l’organo amministrativo, se si tratta di società, e nominare un amministratore giudiziale stabilendo la durata del suo incarico e attribuendogli il potere di compiere ogni atto necessario a dare esecuzione alla suddetta proposta, ivi inclusi, qualora tale proposta preveda un aumento del capitale sociale del debitore, la convocazione dell’assemblea straordinaria dei soci avente ad oggetto la delibera di tale aumento di capitale e l’esercizio del voto nella stessa. Quando è stato nominato il liquidatore a norma dell’articolo 182, i compiti di amministratore giudiziale possono essere a lui attribuiti*”.

⁸⁶ Cass. 7 luglio 2015, n. 14052 in *Diritto & Giustizia* 2015.

⁸⁷ Nello stesso senso, F. Lamanna, *La legge fallimentare*, cit. 34.

Il primo problema che pone questa disposizione è il coordinamento con i commi precedenti. E' del tutto ovvio che la revoca dell'organo amministrativo con nomina di un amministratore giudiziario può interessare soltanto gli imprenditori collettivi e non certo quelli individuali, e tutte le tipologie di società dal momento che nel sesto comma è detto che la relativa normativa si applica *“se si tratta di società”*, senza altra precisazione. Da tanto si è dedotto che *“deve ritenersi che la figura dell'amministratore giudiziario sia sostitutiva rispetto a quella del commissario giudiziale - commissario ad acta, nel senso che, quando il debitore ha forma societaria, il tribunale provvede alla nomina dell'amministratore giudiziario e non attribuisce i poteri speciali al commissario giudiziale”*⁸⁸. Questa soluzione non mi sembra del tutto appagante in quanto non mi pare che la nomina dell'amministratore giudiziario sia il solo rimedio configurato per le organizzazioni societarie, sia perché, sotto il profilo letterale, le fattispecie di cui ai commi quarto e quinto non sono espressamente riferiti all'imprenditore individuale, in modo tale da poterli leggere in contrapposizione dell'ultimo comma che, invece, è applicabile alle sole società, ma parlano genericamente di ritardi e omissioni da parte del debitore, che può, quindi essere sia un imprenditore individuale che collettivo; sia perché, non vi sarebbe una valida giustificazione per vietare la nomina di un commissario *ad acta* anche nel caso che il debitore sia costituito sotto forma societaria e non provveda al compimento degli atti necessari a dare esecuzione alla proposta concorrente omologata o ne sta ritardando il compimento, quando, cioè per superare la situazione di stallo non è necessario addivenire ad una soluzione così drastica come la revoca degli amministratori dovendo questi, ad esempio, solo partecipare alla stipula di un atto notarile per la liquidazione di cespiti o, meno ancora, adempiere ad alcuni compiti amministrativi e burocratici indispensabili per attuare il programma del terzo proponente, cui può ben provvedere anche il commissario all'uopo incaricato.

Ovviamente, se è vera questa premessa, diventa ancor più problematico tracciare la linea di confine tra le due ipotesi quando appunto il soggetto che aveva richiesto il concordato è una entità collettiva.

La possibilità di nomina del liquidatore ad amministratore giudiziario potrebbe far pensare che nel sesto comma si tratti dei concordati liquidatori e nei precedenti dei concordati con continuità, ma il legislatore nell'ultimo comma ha posto l'accento sulla revoca dell'amministratore della società e nomina di un amministratore giudiziario, carica alla quale può, ma non necessariamente, essere chiamato anche il liquidatore, ove questo sia

⁸⁸ G. D'Attorre, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, cit., 1179.

stato nominato, sicchè il ruolo di quest'ultimo è solo eventuale e marginale ai fini ricostruttivi della norma.

Più verosimile sarebbe l'idea che si ricorre alla nomina dell'amministratore giudiziario quando la proposta concorrente approvata e omologata preveda interventi sul capitale, per cui in tutti gli altri casi sarebbe sufficiente la nomina del commissario; questa soluzione sarebbe ottimale e avrebbe una sua logica, ma anch'essa non trova alcun riscontro nella legge, posto che nel sesto comma, allorchè si afferma che all'amministratore giudiziario il tribunale può attribuire il potere di compiere ogni atto necessario a dare esecuzione alla suddetta proposta, si precisa testualmente, *“ivi inclusi, qualora tale proposta preveda un aumento del capitale sociale del debitore, la convocazione dell'assemblea straordinaria dei soci avente ad oggetto la delibera di tale aumento di capitale e l'esercizio del voto nella stessa”*; il che chiaramente evidenzia che quest'ultimo non è l'unico caso in cui possa essere nominato un amministratore giudiziario. E ciò a tacere del fatto che l'intervento sul capitale da parte del terzo proponente è previsto dall'art. 163, quinto comma, *“se il debitore ha la forma di società per azioni o a responsabilità limitata”*, nel mentre nel sesto comma dell'art. 185 la nomina dell'amministratore giudiziario è ammessa se il debitore ha forma di società, senza altra delimitazione.

Tale idea, tuttavia, non è errata, ma, a mio avviso, solo incompleta nel senso che alla nomina dell'amministratore giudiziario si debba pervenire, come alla nomina dell'amministratore giudiziario ai sensi dell'art. 2409 c.c. riservata ai casi di gravi irregolarità non altrimenti eliminabili, solo quando l'attuazione della proposta del terzo omologata non sia altrimenti realizzabile; quale *extrema ratio*, cui far ricorso quando gli amministratori in carica o il liquidatore, se la società è stata sciolta e posta in liquidazione, non siano in grado, per scelta volontaria o non, di dare esecuzione alla proposta del terzo né siano sufficienti i poteri di gestione e liquidazione del patrimonio sociale che possono essere assegnati ad un commissario, ma si debba intervenire sulla vita e la struttura della società, per cui è richiesto un organo che si sostituisca ai legali rappresentanti sociali non per il compimento di atti specifici, ma per far funzionare la società in ottica strumentale alla realizzazione del piano approvato e da portare ad esecuzione. Sicuramente, quindi, l'ipotesi tipica in cui fare ricorso alla nomina dell'amministratore giudiziaria (previa ovviamente la revoca dei precedenti) è quella in cui la proposta del terzo preveda un aumento del capitale della società debitrice con esclusione o limitazione del diritto di opzione, ma la stessa figura diventa indispensabile in tutti i casi in cui per l'adempimento sia necessaria una delibera dell'assemblea dei soci, che nessuno convoca e nessuno

prende l'iniziativa per sollecitarne la convocazione ai competenti organi, in modo da impedire che i soci esercitino, in modo aperto o larvato, il proprio potere di veto su operazioni societarie ordinarie, ma per lo più straordinarie, ivi compreso l'aumento di capitale proposto da terzi, cui essi soci potrebbero non avere interesse a realizzare.

La differenza tra i commi quarto e quinto da un lato e il sesto dall'altro dell'art. 185 è, quindi, a mio parere, ravvisabile nei diversi poteri di cui dispone il commissario *ad acta*, che sono appunto poteri di gestione e liquidazione del patrimonio del debitore ammesso al concordato esercitabili, per lo più, in un concordato liquidatorio, e l'amministratore giudiziario che si inserisce nella vita della società e che, teoricamente, potrebbe risultare più utile nei concordati con continuità aziendale. Soluzione, questa, che se per le imprese individuali consente, come è ovvio, la sola nomina del commissario *ad acta*, per le imprese collettive ammette la nomina di entrambe le figure e non solo in via alternativa, come nel caso in cui venga prima nominato un commissario sull'erronea convinzione che questi possa sopperire all'inerzia del debitore e poi si appuri la necessità di un intervento più invasivo, per cui si procede alla revoca dell'amministratore in carica e nomina di un amministratore giudiziario, che ovviamente solleva il commissario dai compiti specifici attribuitigli che vengono assorbiti nella più ampia sfera di poteri del nuovo amministratore.

Ancor più problematico è capire il significato dell'espressione "*fermo restando il disposto dell'art. 173*", posta all'inizio del sesto comma dell'art. 185, dato che questa norma tratta dell'esecuzione del concordato già omologato, nel corso della quale non può applicarsi l'art. 173; la revoca dell'ammissione al concordato infatti, come precisato nella rubrica di quest'ultimo articolo, può intervenire "*nel corso della procedura*", ossia fino alla emissione del decreto di omologa, che chiude la procedura, ma non successivamente, quando il concordato omologato può essere soltanto risolto o annullato o portato ad esecuzione.

La lettura immediata è che con quell'*incipit* il legislatore abbia inteso superare questo limite, consentendo, nel caso di proposte concorrenti, la revoca anche dopo l'omologa per sopperire alla farraginosità della risoluzione, ma mi sembra strano che abbia introdotto una innovazione così rilevante di soppiatto, senza peraltro alcuna spiegazione nella relazione accompagnatoria e nel momento stesso in cui prevede determinate misure proprio per agevolare l'esecuzione del concordato; peraltro, una innovazione del genere, limitata alla sola fattispecie delle proposte alternative inserite in un concordato societario, creerebbe una evidente disparità di trattamento, rilevante sotto il profilo costituzionale, non solo con i concordati in cui manchino proposte concorrenti, senza quelle

giustificazioni che sorreggono le diverse discipline per l'inadempimento di cui si è parlato, ma anche nell'ambito della concorrenza tra concordati di imprenditori individuali e collettivi, dato che il sesto comma si riferisce esclusivamente a questi ultimi.

In questa situazione, sarei propenso a credere che il legislatore abbia soltanto voluto ribadire che, se dopo l'omologa sono utilizzabili i nuovi strumenti introdotti con la recente riforma, prima della stessa l'inerzia e l'ostruzionismo del debitore possono essere sanzionate con la revoca, ossia ha voluto ribadire che la revoca può colpire anche le proposte alternative. Si tratta, per la verità, di spazi di operatività abbastanza ristretti perché, come detto in precedenza, solo con l'omologa la proposta concorrente approvata dai creditori diventa operativa né il terzo proponente ha poteri gestori che rimangono in capo al debitore fino ad allora, tuttavia non sono da escludere ipotesi in cui, già in corso di procedura, il debitore cerchi di boicottare una proposta concorrente, eventualmente con il semplice inadempimento alla disposizione di cui al n. 4-*bis* del secondo comma dell'art. 163, non consegnando al commissario giudiziale copia informatica o su supporto analogico delle scritture contabili e fiscali obbligatorie, utili anche per adempiere agli obblighi informativi di costui verso i terzi proponenti; oppure si debba compiere qualche attività esecutiva rientrante nel piano alla base di una proposta alternativa, specie dopo l'approvazione dei creditori, in presenza di particolari ragioni di urgenza o quando quell'operazione è compresa anche nel piano del debitore, contrario al resto del piano concorrente, e così via.

Ove si neghino queste possibilità, deve concludersi che il legislatore sia incorso in un macroscopico errore nel far salvo l'art. 173, non riuscendosi a dare altra spiegazione plausibile del nuovo *incipit* dell'art. 185.

Rimane l'ultimo, ma non meno importante, problema delle reazioni all'inadempimento del terzo che abbia visto la sua proposta approvata e omologata. Nel silenzio della legge sul punto, la soluzione immediata che viene alla mente, è che come nel caso di inadempimento del debitore, sia applicabile l'art. 186, per cui il concordato si risolve, su richiesta di ciascuno dei creditori, quando l'inadempimento non ha scarsa importanza. Tuttavia, come giustamente è stato rilevato⁸⁹, nella fattispecie, gli effetti della risoluzione

⁸⁹ G. D'Attorre, *Le proposte di concordato preventivo*, cit., 1179. L'Autore esclude anche l'annullamento per il semplice fatto che le condotte della dolosa esagerazione del passivo e della sottrazione o dissimulazione di una parte rilevante dell'attivo non sono imputabili al terzo proponente ma al debitore che predispone le situazioni patrimoniali e gli elenchi dei creditori. In questo caso il divieto dell'annullamento opererebbe a tutela del terzo che si è limitato, senza sua colpa, a recepire i dati del debitore, verificati dal commissario.

ricadrebbero sul debitore, che rimarrebbe nuovamente esposto al rischio di fallimento in conseguenza di inadempimenti degli obblighi concordatari imputabili non a sé stesso, ma al creditore-proponente, per cui mi sembra condivisibile l'idea di applicare il quarto comma dell'art. 186, in quanto, anche in questo caso, come in quello del concordato del debitore con assuntore e con liberazione immediata, gli obblighi concordatari sono posti a carico di un soggetto diverso dal debitore e l'omologazione determina la liberazione immediata del debitore per l'operare dell'effetto esdebitatorio; di conseguenza, il terzo proponente inadempiente rimane esposto alle azioni dei creditori concordatari, ma non si potrà dare luogo a risoluzione del concordato.

II. LE OFFERTE CONCORRENTI

10. La liquidazione anticipata.

Fino alla recente riforma estiva le uniche norme che regolavano la liquidazione concordataria erano quelle di cui all'art. 185 – che assegnava (e assegna) al commissario il compito di sorvegliare l'adempimento del concordato secondo le modalità stabilite nella “sentenza” di omologazione e di riferire al giudice delegato ogni fatto dal quale possa derivare pregiudizio ai creditori – e, per quanto riguarda il concordato con cessione dei beni, quelle di cui all'art. 182 che, con il decreto correttivo del 2007 era stato profondamente modificato attuando quella che, secondo la terminologia diffusa, è chiamata la fallimentarizzazione⁹⁰ della liquidazione concordataria; dispone, infatti, (per quello che qui interessa) la norma che alle procedure di vendita si applicano gli articoli da 105 a 108-ter e che le vendite di aziende e rami di aziende, beni immobili e altri beni iscritti in pubblici registri, nonché le cessioni di attività e passività dell'azienda e di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco debbono essere autorizzate dal comitato dei creditori.

Questa disciplina, come si vede riguardava la fase del concordato successiva all'omologazione, nel mentre mancava qualsiasi espressa disposizione sulla liquidazione anticipata nella fase antecedente l'omologa o nella pendenza del termine di cui all'art. 161, comma sesto. Ovviamente la liquidazione di un singolo bene, come di un intero

⁹⁰ Credo che tale termine si trovi per la prima volta in S. Ambrosini, P.G. Demarchi e M. Vitiello, *Il concordato preventivo*, Bologna 2009, 256.

complesso aziendale, è atto di straordinaria amministrazione che poteva essere autorizzato dal giudice delegato ai sensi dell'art. 167⁹¹ o dal tribunale ai sensi del settimo comma dell'art. 161, qualora qualificato anche dall'urgenza⁹², ma è evidente come la mancanza di una copertura normativa esponesse gli organi giudiziari competenti all'assunzione di responsabilità di non poco conto, quale è quella di autorizzare, in una fase ancora preliminare (nel concordato con riserva addirittura in mancanza del piano, seppur una autorizzazione del genere richiedesse una adeguata *discovery* della proposta e del piano tale da giustificare un nesso funzionale tra autorizzazione e atto liquidatorio), lo svuotamento dell'impresa degli *assets* più importanti; peraltro, la mancanza di un supporto normativo imponeva di creare una regolamentazione delle operazioni autorizzate (si pensi all'affitto di azienda o rami della stessa, prevista per il solo fallimento dall'art. 104-*bis*, non richiamato neanche dall'art. 182) o di adattare la disciplina esistente, non sempre facilmente compatibile per il fatto che questa era predisposta per la fase esecutiva del concordato con richiami a norme dettate per la liquidazione fallimentare (si pensi alla vendita di azienda e alle disposizioni dell'art. 105 utilizzabili, o alla possibilità per il giudice di disporre la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni pregiudizievoli nella vendita di beni immobili o mobili trascritti ai sensi dell'art. 108, comma 2).

La situazione si complicava ulteriormente quando la proposta concordataria prevedeva la completa predeterminazione da parte del debitore delle modalità della esecuzione con accordi già confezionati in quanto questo diventava il terreno più scivoloso dello scontro tra autonomia privata e intervento giudiziario, sebbene, a mio avviso, lì dove il debitore avesse confezionato una proposta che già comprendeva accordi per il trasferimento dei beni ceduti doveva ritenersi preclusa in radice l'applicazione dell'art. 182 perché questo – dettato per regolamentare la liquidazione dei beni nei concordati con cessione dei beni – non poteva trovare applicazione in una fattispecie in cui non vi è una vera e propria liquidazione da attuare in termini di mandato conferito al liquidatore che gestisca e liquidi i beni del debitore⁹³.

⁹¹ Ed infatti, la vendita anticipata dell'azienda prima dell'omologa era ammessa dalla dottrina e praticata da parte della giurisprudenza quando era strumentale all'attuazione del piano e ricorrevano motivi di convenienza che la giustificavano. Cfr. per una panoramica, M. Greggio, *La cessione dell'azienda prima dell'omologa del concordato preventivo liquidatorio*, in www.ilfallimentarista.it, 6 agosto 2015.

⁹² Cfr. Trib. Padova 6 marzo 2015, in www.fallimentiesocieta.it.

⁹³ *Amplius*, cfr. G. Bozza, *La fase esecutiva del concordato con cessione dei beni*, in *Fallimento*, 2012, 767. Nello stesso senso, seppur con alcuni distinguo, cfr. Trib. Roma 31 luglio 2015 in www.ilcaso.it; Trib. Bolzano 10 marzo 2015, *ivi*; Trib. Padova 2 marzo 2014, *ivi*; Trib. Lodi 1 marzo 2010, in

Ovviamente c'era chi la pensava diversamente ed, infatti, alcuni giudici richiedevano in modo suadente ed ottenevano che, anche in presenza di una proposta c.d. chiusa, si procedesse ad una gara⁹⁴. Questa, tuttavia, in mancanza di una previsione normativa, non era obbligatoria, e si articolava sulla richiesta del tribunale o del giudice delegato che sollecitavano il debitore concordatario a fare un sondaggio del mercato attraverso pubblicazione di un avviso di vendita o di un invito a manifestare interesse, contenente la descrizione dei beni da alienare, e la fissazione di un termine per far pervenire le offerte o le manifestazioni di interesse; all'esito di questa indagine si sceglieva la migliore offerta e si autorizzava il debitore, a norma dell'art. 167 o dell'art. 161, alla alienazione del cespite, cui l'imprenditore in procedura ed il soggetto interessato all'acquisto che aveva presentato l'offerta migliore davano corso con la stipula degli atti attuativi necessari al trasferimento.

In questo panorama sarebbe stato quanto mai opportuno un intervento legislativo di ampio respiro regolatore 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, nell'ambito del quale inserire la possibilità di presentare offerte concorrenti. Il recente legislatore ha perso anche questa occasione e si è limitato a fare piccoli ritocchi, per venire incontro all'esigenza, sempre più pressante, di cedere l'azienda quanto prima possibile in modo da evitar la disgregazione dei suoi componenti. E' stato, infatti, modificato il quinto comma dell'art. 182 che, dalla scarna dizione, secondo cui alla liquidazione dei beni nella fase esecutiva del concordato "si applicano gli articoli da 105 a 108-ter in quanto compatibili", ha assunto il ben più consistente contenuto, per il quale *"alle vendite, alle cessioni e ai trasferimenti legalmente posti in essere dopo il deposito della domanda di concordato (qualunque domanda, sia per concordato pieno che con riserva) o in esecuzione di questo, si applicano gli articoli da 105 a 108-ter in quanto compatibili"*, per far sì che le norme fallimentari in precedenza utilizzabili soltanto nella fase dell'esecuzione post

Fallimento 2010, 5, 593; in dottrina, tra i contributi più recenti, F. Pedoja, *La fase esecutiva del piano concordatario* in www.fallimentiesocieta.it, 2014; M. Fabiani, *Concordato preventivo per cessione dei beni e predeterminazione delle modalità di liquidazione*, in *Fallimento*, 2010, 5, 593; B. Conca, *Il rapporto tra autonomia privata e controllo giudiziale nel concordato preventivo*, in www.ilfallimentarista.it.

⁹⁴ Sono famosi i casi della Fondazione Centro San Raffaele (Trib. Milano 28 ottobre 2011, in *Fallimento* 2012, 78) e di La Perla (Trib. Bologna 4 giugno 2013, in www.nuovodirittofallimentare.unifi.it), che sicuramente sono stati la fonte ispiratrice della nuova norma, ma non sono i soli, cfr. Trib. Milano 12 giugno 2014, in www.ilcaso.it; Trib. Roma 23 luglio 2010, *ivi*; Trib. Piacenza 3 luglio 2008, in *Fallimento*, 2009, 120.

omologa fossero applicabili anche nella fase antecedente l'omologa, senza costringere i giudici ad adattamenti non sempre agevoli.

Questa norma avrebbe consentito l'applicazione dell'art. 108, comma secondo, alle vendite ante omologa, per cui il giudice avrebbe potuto procedere alla cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni pregiudizievoli, ma il legislatore ha preferito aggiungere, sempre nel quinto comma dell'art. 182, che *“la cancellazione delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione, nonché delle trascrizioni dei pignoramenti e dei sequestri conservativi e di ogni altro vincolo, sono effettuati su ordine del giudice, salvo diversa disposizione contenuta nel decreto di omologazione per gli atti a questa successivi”*, allo scopo di rimuovere qualsiasi dubbio circa l'effetto purgativo anche delle cessioni effettuate prima dell'ammissione alla procedura di concordato, purché debitamente autorizzate, e dopo l'ammissione ma prima dell'omologa, nonché delle cessioni attuate in esecuzione del concordato omologato.

Oltre questa disposizione di carattere generale – che consente la liquidazione concordataria, comprensiva anche della vendita di azienda, in tutte le fasi concordatarie, sia in quella della pendenza del termine dato a norma dell'art. 161, comma sesto, sia in quella del concordato pieno fino alla omologazione che in quella successiva della esecuzione del concordato – è stato introdotto nel corpo della legge fallimentare un nuovo articolo, l'art. 163-bis, rubricato *“Offerte concorrenti”*, il cui nucleo si sostanzia nell'obbligare il tribunale a disporre l'apertura di un procedimento competitivo quando il piano di concordato comprende un'offerta da parte di un soggetto già individuato avente ad oggetto il trasferimento in suo favore a titolo oneroso, sia prima che dopo l'omologa, dell'azienda, di un ramo d'azienda o anche solo di beni specifici.

11. Ambito di operatività dell'art. 163-bis.

Lo scopo di questa nuova norma – come è stato immediatamente sottolineato⁹⁵ – è quello di *“impedire la presentazione di offerte intangibili e preconfezionate dal debitore senza tenere in adeguato conto l'interesse del ceto creditorio alla massimizzazione dei risultati della liquidazione e, anzi, in qualche caso con intenti fraudatori”*⁹⁶.

⁹⁵ L. Varotti, *Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare*, in www.ilcaso.it 17 agosto 2015.

⁹⁶ Non è raro, infatti, il caso che il debitore in crisi, in vista di una domanda di concordato, pieno o con riserva, disponga della propria azienda o ramo di azienda o dei suoi cespiti più importanti in favore di soggetti non del tutto a lui estranei o di una newco da costoro partecipata e poi recepisca l'accordo concluso e normalmente subordinato all'omologa del concordato nel piano concordatario.

A dire il vero questo era l'intento di fondo perseguito dal decreto legge n. 83 del 2015, che però è stato di molto ampliato in sede di conversione. Nella Relazione accompagnatoria al decreto legge, infatti, si ricorda preliminarmente che nella prassi il piano concordatario prevede, non di rado, la cessione dell'azienda, di uno o più rami d'azienda dell'impresa in crisi oppure di beni di rilevante valore a terzi già individuati e che, poiché *“generalmente non vi è la garanzia che le condizioni economiche pattuite con il terzo assicurino il miglior risultato”*, specie quando la controparte del debitore non sia terza e indipendente rispetto a quest'ultimo ovvero quando il debitore non abbia previamente esperito un procedimento competitivo, *“la norma prevede che sia possibile, nel pieno rispetto del piano del debitore e solo quando questo preveda una cessione con corrispettivo in denaro, prevedere l'apertura a possibili offerte competitive che siano migliorative nel quantum senza alterare l'originario piano”*, al fine di massimizzare la *recovery* dei creditori concordatari e di mettere a loro disposizione una terza possibilità oltre a quella se accettare o rifiutare in blocco la proposta del debitore.

Da queste parole si deduce che nell'interpretazione data dal relatore al decreto legge il ricorso alla procedura competitiva presupponeva: (i) un accordo già raggiunto del debitore con il terzo offerente, eventualmente subordinato all'approvazione del tribunale, (ii) avente ad oggetto la cessione dell'azienda, di uno o più rami d'azienda dell'impresa in crisi oppure di beni di rilevante valore, (iii) con corrispettivo in denaro; situazione che è in gran parte mutata nella versione definitiva dell'art. 163-*bis*.

In realtà la fattispecie su cui era necessario intervenire era quella del concordato c.d. chiuso, in cui le modalità della liquidazione non si esauriscono nella indicazione delle caratteristiche della vendita dei beni, ma comprendono la conclusione di accordi e, quindi, la indicazione dell'acquirente, la predisposizione del prezzo, delle modalità di pagamento, degli strumenti da utilizzare per il trasferimento, ecc., giacché solo in presenza di una proposta concordataria basata su un accordo già concluso con il terzo offerente si poneva l'alternativa per i creditori di accettare o rifiutare in blocco la proposta, non essendovi spazio per interferire sull'attività di liquidazione da attuarsi secondo un modello già definito. Qualora, invece, l'offerta del terzo non fosse stata accettata dal debitore, non vi era bisogno di una previsione legislativa che disponesse una procedura competitiva perché 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, e poi ad indicare nel piano, 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, che esplicitamente prevede che le vendite devono effettuarsi con modalità competitive,

secondo le norme procedurali dettate con carattere cogente per il fallimento⁹⁷; in sostanza non vi era alcun problema a porre questa offerta del terzo, non accettata, in competizione con altre possibili offerte aprendosi la vendita al mercato.

Per la verità, sarebbe anche logico presumere 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, accetti quella offerta, visto che propone ai creditori di soddisfare gli stessi con il ricavato della vendita in conformità dell'offerta pervenuta secondo le modalità esposte nel piano; ma evidentemente il legislatore ha escluso questa ipotesi giacché nel penultimo periodo del secondo comma dell'art. 163-bis stabilisce 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”*. Da questa disposizione si deduce, infatti, che prima di tale momento l'offerta del terzo allegata alla proposta concordataria non è irrevocabile (la irrevocabilità è infatti richiesta solo per le offerte concorrenti), per cui, a maggior ragione, non può ritenersi essere stata accettata dalla controparte.

Peraltro, nella seconda parte del primo comma dell'art. 163-bis, è stato aggiunto che *“le disposizioni del presente articolo si applicano anche quando il debitore ha stipulato un contratto che comunque abbia la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda, del ramo d'azienda o di specifici beni”*. Questa norma, letta isolatamente può significare che la procedura competitiva si applica in ogni caso in cui il debitore abbia stipulato un contratto traslativo dei beni indicati, sia che il trasferimento abbia effetti reali immediati che obbligatori, ma letta nel contesto dell'articolo in cui è inserita – che pone l'accento sull'offerta prevista nel piano (e non sulla proposta concordataria o sul contenuto del piano), che sottolinea che tale offerta può avere ad oggetto il trasferimento in favore dell'offerente anche prima dell'omologazione, che precisa che l'offerta allegata alla proposta è revocabile –, assume il significato di specificare che, oltre ai casi in cui esista un accordo, sostanzialmente un preliminare che imponga un trasferimento, la nuova norma si applica anche ai casi in cui un contratto manchi, ma vi sia solo una offerta di un terzo, revocabile o irrevocabile, ma comunque non accettata dal debitore, che preveda il trasferimento dei beni indicati, anche prima dell'omologa come successivamente.

⁹⁷ F. Lamanna, *La legge fallimentare*, cit., 42.

E nello stesso senso depone l'ultima parte del terzo comma dell'art. 163-*bis*, lì dove prevede che con la vendita o con l'aggiudicazione a soggetto diverso da colui che ha presentato l'offerta di cui al primo comma, quest'ultimo *“è liberato dalle obbligazioni eventualmente assunte nei confronti del debitore”*, ove il richiamo all'eventualità che il primo offerente abbia assunto obbligazioni nei confronti del debitore fa capire che può anche non essersi verificata questa ipotesi, come nel caso in cui l'offerta pervenuta al debitore non sia stata da questi accettata e, quindi, non sono sorte obbligazioni dalle quali le parti debbano essere liberate qualora sia stata preferita altra offerta.

In sostanza, l'insieme degli accennati richiami normativi fa capire che le nuove disposizioni trovano applicazione in tutte le ipotesi in cui la proposta e il piano dell'imprenditore già individuino un interessato all'acquisto dell'azienda, di un ramo della stessa o di singoli beni a titolo oneroso per il fatto che questi abbia fatto una offerta, anche revocabile. Evidentemente il legislatore ha voluto imporre l'obbligatorietà del ricorso alla procedura competitiva anche quando il debitore non si sia obbligato con il terzo, che abbia presentato un'offerta di acquisto, anche non irrevocabile.

Obbligatorietà che è quanto mai chiara data la diversa formulazione del testo definitivo rispetto a quello contenuto nel decreto legge. Qui, infatti, si demandava al commissario un giudizio di congruità dell'offerta prevista nel piano predisposto dall'impresa in crisi, all'esito del quale l'organo concorsuale, qualora l'offerta contemplata dal piano non corrispondeva al miglior interesse dei creditori, avrebbe potuto chiedere al tribunale, *“con istanza motivata, di aprire un procedimento competitivo”*; di conseguenza ben si spiegava che il tribunale, nel decidere sull'istanza del commissario, disponesse l'apertura di un procedimento competitivo o lo rifiutasse o anche lo aprisse d'ufficio, qualora il commissario non ne avesse fatto istanza. Questa parte della norma, criticabile perché demandava al commissario un giudizio di congruità dell'offerta prevista nel piano predisposto dall'impresa in crisi, è stata eliminata ed è rimasta la sola disposizione per la quale in presenza di certe condizioni *“il tribunale dispone la ricerca di interessati all'acquisto disponendo l'apertura di un procedimento competitivo a norma delle disposizioni previste dal secondo comma del presente articolo”*⁹⁸.

⁹⁸ Di conseguenza è stato eliminato anche l'inizio del secondo comma, per il quale il tribunale decideva sull'istanza del commissario o disponeva d'ufficio l'apertura di un procedimento competitivo *“tenuto conto del valore dell'azienda e del bene nonché della probabilità di conseguire una migliore soddisfazione dei creditori”*, che implicava l'attribuzione al tribunale di un pregnante giudizio di merito circa l'opportunità di disporre una procedura competitiva, peraltro asintonico rispetto al ruolo ora assegnato all'organo giudiziario nel concordato.

Tralasciando ogni sterile commento sul lessico legislativo, tale che *“il tribunale dispone la ricerca di interessati ... disponendo l'apertura ...”*, va sottolineato che nel primo comma dell'art. 163-bis si dice che a tale procedimento si deve dare corso *“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, anche prima dell'omologazione, verso un corrispettivo in denaro o comunque a titolo oneroso dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni”*; da tanto si deduce:

- a- che il campo elettivo di applicazione della norma è segnato dai concordati liquidatori con cessione dei beni, ma include anche quelli con continuità indiretta di prosecuzione dell'attività di impresa in vista della cessione o del conferimento dell'azienda in esercizio, nonché quelli con continuità diretta per i beni non funzionali all'esercizio dell'impresa dei quali il piano prevede la liquidazione;
- b- che possono dirsi superate le conclusioni contenute nella Relazione, in precedenza richiamate, secondo cui la norma riguarda le offerte aventi ad oggetto la cessione di beni di rilevante valore, posto che tale specificazione il legislatore non l'ha mai richiesta, e solo verso corrispettivo in denaro, dato che con la legge di conversione è stato aggiunto che il trasferimento può essere effettuato, *“comunque a titolo oneroso”*, espressione che comprende una varietà di ipotesi di contropartite (dalla *datio in solutum* all'accollo di debiti o alla cessione di crediti).

Al di là di questi necessari chiarimenti, rimane il fatto che il primo comma dell'art. 163-bis prende in considerazione l'offerta allegata dal debitore che propone un concordato pieno, come evidenzia il richiamo al *“piano di concordato di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e)”* e l'offerta che abbia ad oggetto il solo trasferimento verso un corrispettivo in denaro o comunque a titolo oneroso dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni. Tuttavia la procedura competitiva è obbligatoria non solo dopo l'emissione del decreto di apertura del concordato preventivo, ma anche dopo il deposito del solo ricorso per concordato con riserva, dato che l'ultimo comma dell'art. 163-bis prevede che *“la disciplina del presente articolo si applica, in quanto compatibile, anche agli atti da autorizzare ai sensi dell'articolo 161 settimo comma”*, che, appunto, riguarda gli atti compiuti nella pendenza del termine per la presentazione del piano e della proposta ai sensi dell'art. 161, sesto comma⁹⁹; ed è

⁹⁹ Nella Relazione accompagnatoria si precisa che *“tale previsione ha l'effetto di legittimare la prassi delle cessioni in pendenza del termine per la presentazione del piano e della proposta ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, che in certi casi si rivelano particolarmente opportune tenuto conto*

appena il caso di dire che, come per ogni atto di straordinaria amministrazione da autorizzare in questa fase, anche per dare anticipata esecuzione all'offerta allegata alla domanda il debitore deve effettuare una quanto meno parziale *disclosure*¹⁰⁰ per mettere in condizione il tribunale di capire, in primo luogo, l'urgenza, poi la compatibilità con gli intenti da perseguire e, infine, per individuare il contenuto del decreto dispositivo della procedura competitiva.

L'ult. comma dell'art. 163-*bis*, aggiunge che la stessa disciplina si applica anche "*all'affitto di azienda o di uno o più rami di azienda*", di cui in precedenza la norma non tratta.

Per la verità, seppur non citato, l'affitto credo che possa essere contemplato implicitamente nel primo comma lì dove si estende l'applicazione della nuova normativa anche alla fattispecie in cui il debitore abbia stipulato un contratto che comunque abbia la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda, del ramo d'azienda o di specifici beni¹⁰¹; espressione che nella sua immediata percezione può far pensare ad un preliminare di vendita che preveda il trasferimento definitivo in epoca successiva, ma anche ad un affitto, specie di azienda, con impegno all'acquisto successivo. Nell'ultimo comma, invece, si parla di affitto *tout court*, per cui la procedura competitiva di cui si dirà dovrà essere aperta anche per la proposta chiusa che contempli soltanto l'affitto di azienda, senza alcun impegno ad acquistare, come invece sarebbe stato molto più logico fare, posto che nel concordato l'affitto o non è configurabile, come nella continuità diretta, o deve essere considerato come una tappa per arrivare alla vendita nei concordati con cessione di beni o con continuità indiretta¹⁰¹. E ciò anche se l'affitto è già in corso al momento della proposizione della domanda, ove l'affitto venga incluso nel piano come mezzo attraverso

del rischio – in relazione alle caratteristiche specifiche dell'attività economica svolta dall'impresa – di perdita dell'avviamento o della continuità aziendale in danno dei creditori".

¹⁰⁰ Questa sembrerebbe non più richiesta per i finanziamenti di cui al primo comma dell'art. 182-*quinquies*, atteso che questi possono ora essere autorizzati "*anche prima del deposito della documentazione di cui all'articolo 161, commi secondo e terzo*" e addirittura senza l'attestazione del professionista in possesso dei soliti requisiti circa la funzionalità dei finanziamenti alla migliore soddisfazione dei creditori quando ricorre l'urgenza, giusto il disposto del nuovo terzo comma della stessa norma.

¹⁰¹ Anzi questa poteva essere l'occasione per escludere normativamente la riconducibilità nel paradigma della continuità aziendale di cui all'art. 186-*bis* 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. 186-*bis*, nella forma della continuità indiretta, l'intervento immediato e tempestivo che assicura la continuazione dell'attività d'impresa da parte di un nuovo imprenditore.

cui risolvere la crisi; in tal caso infatti, l'offerta del terzo è stata non solo accettata, ma ha già avuto parziale esecuzione, il che, se sotto il profilo giuridico lascia aperta la strada della competizione, non può non influenzare negativamente l'interesse di terzi a concorrere all'affitto, a meno che non abbia una lunga durata o, appunto, sia propedeutico all'acquisto.

L'area di applicazione della nuova normativa può, quindi, essere così delineata: essa regola tutte le ipotesi in cui, già nella fase del concordato con riserva o nel concordato pieno, sia presente un'offerta da parte di un soggetto già individuato, anche se l'offerta non è irrevocabile né accettata dal debitore, avente ad oggetto l'affitto di azienda o di un suo ramo oppure il trasferimento in suo favore a titolo oneroso, sia prima che dopo l'omologa, dell'azienda, di un ramo d'azienda o anche solo di beni specifici, di qualsiasi valore.

E' un'area molto ampia in cui si vedono luci ed ombre. Le luci vengono dalla regolamentazione delle vendite nelle fasi anteriori all'omologa e già nel concordato in bianco e al fatto di averla disposta nel rispetto della competitività, che è uno strumento di garanzia per i creditori, ma l'estensione indiscriminata della obbligatorietà delle procedure competitive contiene il germe di un forte disincentivo per i potenziali investitori, che dopo aver concordato con il debitore le condizioni per l'acquisto di una azienda, potrebbero vedersi modificate le condizioni pattuite e, comunque, di avere una risposta in tempi più lunghi del previsto; saranno, inoltre inevitabili i disagi nella gestione di quei concordati (che costituiscono la grandissima parte della nostra realtà) che non dispongono di beni con quel forte appeal attrattivo che avevano quelle due o tre procedure cui il legislatore si è ispirato, abbagliato dagli alti ricavi in quei casi realizzati attraverso l'apertura alla competizione.

Probabilmente i redattori della Relazione al decreto legge avevano intuito questo pericolo quando dicevano che le procedure competitive erano riservate alle vendite di aziende, rami della stessa o a beni di rilevante valore, perché è chiaramente antieconomico ricorrere allo stesso sistema per la cessione di beni di modesta entità. Né questo rischio può essere superato affidandosi all'intelligenza del giudice di organizzare le vendite a seconda della tipologia o del valore dei beni da liquidare, perché l'organo giudiziario è privo di qualsiasi discrezionalità in quanto, a causa della obbligatorietà del ricorso alle procedure competitive, è tenuto ad emettere un decreto che regoli la raccolta di offerte concorrenti anche in caso di vendita di beni infimo valore, col rischio, in mancanza, non solo di vedersi accusato di aver violato la legge, ma di aver, attraverso questa omissione,

disposto una vendita quanto meno annullabile. Anche per i beni di più rilevante valore e delle aziende, potevano, e a mio avviso dovevano, essere disposte clausole di salvaguardia che facessero salva la possibilità per il giudice di non aprire una competizione quando, ad esempio, dal ricorso allo stesso possa derivare un ritardo pregiudizievole all'interesse dei creditori, che è concetto già utilizzato dal legislatore nel sesto comma dell'art. 104-ter, lì dove consente la liquidazione già prima della approvazione del programma, *“solo quando dal ritardo può derivare pregiudizio all'interesse dei creditori”*.

Al momento, comunque, l'unico modo per sfuggire all'automatica apertura della procedura competitiva è quello di non inserire nel piano o nella domanda di concessione del termine ex art. 161, comma sesto, l'offerta del terzo; questa, infatti, è la condizione per l'applicazione dell'art. 163-bis, sicchè, ove il debitore proponga la sua domanda e il terzo faccia successivamente pervenire una offerta di acquisto, il giudice dovrà sì ispirarsi al principio della competitività ribadito nell'art. 163-bis, ma avrà anche la libertà di non aprire una gara per attuare la competitività ove il valore del bene non lo giustifichi, o l'offerta sia chiaramente la migliore reperibile per indagini di mercato già espletate e dimostrate o incomba l'urgenza di non perdere un'occasione essendo l'offerta a termine, ecc., la libertà, cioè, di poter autorizzare la cessione direttamente senza aprire una procedura competitiva quando ritenga che l'offerta pervenuta corrisponda al miglior interesse dei creditori.

Né varrebbe invocare l'art. 107, richiamato dall'art. 182, per sostenere che comunque e in ogni caso bisognerebbe far ricorso a procedure competitive, perché se la norma dettata per il fallimento, nell'ambito della deformalizzazione della liquidazione fallimentare che attribuisce al curatore ampia autonomia, ponesse un criterio tanto rigido anche per il giudice, tale da dover questi sempre far ricorso a procedure competitive, la nuova norma di cui all'art. 163-bis sarebbe del tutto superflua, se non per la parte che detta le modalità della competizione. Del resto anche il fallimento conosce più di qualche meccanismo che privilegia l'urgenza a scapito della competitività, da quello teso ad accelerare al massimo l'andamento della procedura sacrificando a ragioni economiche di convenienza la stessa inventariazione dei beni, nonché, una volta inventariati, la liquidazione degli stessi, di cui all'ottavo comma dell'art. 104ter¹⁰², a quello finalizzato alla pronta realizzazione degli

¹⁰² Dispone, infatti, tale norma che il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, può non acquisire all'attivo o rinunciare a liquidare uno o più beni acquisiti ed eventualmente anche inclusi nel programma, se l'attività di liquidazione appaia manifestamente antieconomica. In questo caso, il

interessi degli aventi diritto previsto dal primo comma dell'art. 87-*bis*¹⁰³, per finire alle vendite anticipate rispetto all'approvazione del programma di liquidazione previste dal settimo comma dell'art. 104-*ter*, per il quale, già prima della approvazione del programma, *“il curatore può procedere alla liquidazione di beni, previa autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori se già nominato, solo quando dal ritardo può derivare pregiudizio all'interesse dei creditori?”*, che è appunto la formula di salvaguardia in precedenza suggerita per attenuare l'automatismo delle procedure competitive.

In quest'ultimo caso riemerge il potere del giudice di autorizzare la vendita attraverso una valutazione di merito sul pregiudizio che deriverebbe ai creditori dall'eventuale ritardo, che trova fondamento nel fatto che non esiste ancora lo strumento programmatico cui il curatore deve uniformare i suoi comportamenti e l'urgenza non consente di rinviare né di attendere la nomina del comitato dei creditori (la norma, infatti, dice che questo deve essere sentito “se già nominato”), per cui non vi sarebbe nulla di anomalo nel consentire al giudice, in una situazione di altrettanta urgenza che si presenti nel concordato, di autorizzare una vendita senza fare ricorso a procedure competitive lì dove (i) il ritardo potrebbe risultare contrario all'interesse dei creditori e (ii) non si versi in una ipotesi di obbligatoria apertura della competitività, come quando l'offerta sia contenuta nel piano concordatario o nella domanda di concordato con riserva, giusto il disposto del primo e dell'ult. comma dell'art. 163-*bis*.

12. Il decreto che dispone l'apertura del procedimento competitivo.

All'apertura del procedimento competitivo provvede il tribunale con decreto che *“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, gli eventuali limiti al loro utilizzo e le modalità con cui il commissario deve fornirle a coloro che ne fanno richiesta, la data dell'udienza per l'esame delle offerte, le modalità di svolgimento della procedura competitiva, le garanzie che devono essere prestate dagli offerenti e le forme di pubblicità del decreto”* (comma secondo art. 163-*bis*).

curatore ne dovrà dare comunicazione ai creditori i quali, in deroga a quanto previsto nell'art. 51, potranno iniziare azioni esecutive o cautelari sui beni rimessi nella disponibilità del debitore.

¹⁰³ Norma che consente di restituire, su istanza della parte interessata e con decreto del giudice delegato, previo consenso del curatore e del comitato dei creditori, i «beni mobili sui quali i terzi vantano diritti reali o personali chiaramente riconoscibili» senza necessità per gli aventi diritto di seguire il procedimento di cui all'art. 103.

Che debba essere il tribunale a provvedere, lo dice espressamente il primo comma dell'art. 163-*bis*, ed è anche ovvio che sia tale organo, in composizione collegiale, sia perché nel concordato con riserva non è prevista la nomina di un giudice delegato sia perché, nel concordato pieno, il legislatore ha previsto il decreto in questione contestualmente a quello di ammissione alla procedura¹⁰⁴, sia, infine, per l'importanza dell'atto in una fase in cui non vi è ancora un commissario o un precommissario e non si ha ancora una visione completa della situazione in cui il debitore si trova, da cui l'opportunità di non far ricadere sul singolo giudice monocratico il peso di decisioni determinanti per la sorte della procedura e l'interesse dei creditori. Ciò non toglie che il tribunale possa delegare un suo componente ad eventuali audizioni o acquisizione di documenti o, in generale, di attività istruttoria, salvo comunque a riservarsi la decisione.

Nulla dice la norma sulla impugnabilità del decreto in questione, su cui refluiscono, quindi, le incertezze derivanti dalla formulazione dell'art. 164, che assoggetta a reclamo ex art. 26 solo i provvedimenti del giudice delegato e non quelli del tribunale; in mancanza di diversa disposizione, credo che il decreto che apre il procedimento competitivo non sia reclamabile.

Il punto nodale della disposizione richiamata riguarda i poteri del tribunale nella stesura del decreto in quanto, prima ancora di parlare del contenuto di questo sopra richiamato, c'è da chiedersi se il giudice debba limitarsi a porre a base del suo provvedimento l'offerta già pervenuta e indicare, come in una vendita senza incanto, le condizioni per partecipare ad una gara, o abbia la libertà di intervenire anche sull'offerta presentata e disporre in piena autonomia lo schema che devono assumere le offerte ulteriori.

Il ruolo marginalizzato attribuito all'organo giudiziario nella procedura concordataria, nonché il richiamo alla comparabilità delle nuove offerte con la prima, lascerebbero optare per la prima soluzione, ma mi sembra che il legislatore abbia scelto la seconda. Invero, la previsione già ricordata di cui all'ult. parte del secondo comma dell'art. 163-*bis*,

¹⁰⁴ Tanto si deduce dal fatto che la fattispecie normata dall'art. 163-*bis* presuppone che l'offerta sia contenuta nel piano concordatario, nonché dall'urgenza di disporre una procedura competitiva sia per l'eventuale indicazione di un termine di validità dell'offerta sia perché, comunque, bisogna pervenire alla scelta dell'offerta da sottoporre ai creditori prima della adunanza degli stessi, come si dirà in seguito. Tuttavia, poiché la norma non pone alcun termine alla emanazione del decreto del tribunale, che ha una sua autonomia rispetto al provvedimento di cui al primo comma dell'art. 163, 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 o del precommissario.

secondo cui *“l’offerta di cui al primo comma diviene irrevocabile dal momento in cui viene modificata l’offerta in conformità a quanto previsto dal decreto di cui al presente comma e viene prestata la garanzia stabilita con il medesimo decreto”*, induce a ritenere che se il primo offerente è tenuto a modificare l’offerta per adeguarsi alle condizioni poste dal tribunale per rimanere in competizione con gli altri futuri offerenti e porsi sullo stesso piano della irrevocabilità delle offerte che possono pervenire, nel decreto possano essere disposte condizioni diverse da quelle originarie, e che le nuove come la vecchia offerta devono adeguarsi a questo modello per essere tra loro comparabili.

Questo principio mi sembra indiscutibile e proprio il fatto che il tribunale può modificare l’originaria offerta spiega la ragione della norma appena richiamata: non potendosi obbligare l’originario offerente a cambiare la sua offerta, viene lasciata allo stesso la libertà di farlo se ritiene di partecipare alla competizione con gli altri alle condizioni poste dal tribunale ed eventualmente diverse da quelle da lui originariamente indicate. Rimane, invece, da fissare il limite di esercizio da parte del tribunale dello *jus modificandi* perché, oltre all’offerente, tutelato dalla libertà di non adeguarsi, vi è anche il debitore, che è l’attore principale e che sulla originaria offerta di cui disponeva ha elaborato un piano presentato ai creditori, il quale potrebbe vedersi sfumata la possibilità di risolvere la crisi della sua impresa in via concordataria se, con lo stravolgimento delle originarie condizioni, il primo offerente non si adegua e non se ne presentano altri.

A me pare che il punto di equilibrio tra poteri del tribunale e interesse del debitore si trovi nell’indicare quale limite dell’esercizio dell’intervento del primo nella compatibilità della modifica apportabile con il piano presentato dal debitore, nel senso che le modifiche del giudice non debbono essere tali da costringe il debitore ad una modifica radicale del piano. Concetto, peraltro, esposto già nella Relazione al decreto legge, ove, appunto, si dice, seppur sotto altro profilo, che *“la comparabilità delle offerte garantisce che siano confrontabili tra loro e non richiedano una variazione sostanziale del piano (con il rischio che esso divenga, altrimenti, non più fattibile). In questo modo, 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 concordata della crisi predisposto dall’imprenditore in difficoltà. Al contrario, l’offerta migliorativa avrebbe soltanto l’effetto, nel quadro del medesimo piano, di aumentare il valore di realizzazione del bene (o dei beni) per cui il piano già in origine prevedeva la cessione...”*.

Questo restringe di molto il potere del tribunale, al punto che si è detto¹⁰⁵ che *“poiché fra i proponenti offerte concorrenti si aprirà una gara, per la quale il decreto del tribunale fisserà anche l'ammontare del rilancio minimo, queste dovranno essere standardizzate e variare essenzialmente per un solo elemento, ossia il prezzo; in caso contrario la valutazione multidimensionale delle offerte, seppur astrattamente fattibile con la previsione di pesi diversi per le variabili ammesse, risulterebbe estremamente complessa”*.

Credo che non sarà sempre possibile ridurre la vicenda in termini tanto semplici perché, pur delimitato il potere del giudice nei termini sopra detti, gli spazi di intervento rimangono ampi giacché la realtà offre sfaccettature variegata che non sempre trovano un riferimento normativo preciso.

Si prenda, ad esempio, l'offerta del terzo avente ad oggetto l'affitto di azienda o ramo di azienda, corredata o non da impegno di acquisto, che è una fattispecie non regolamentata nel concordato, posto che, come già ricordato, l'art. 182 richiama gli artt. da 105 a 108-ter, e non, quindi, l'art. 104-bis, che regola l'affitto di azienda e rami della stessa concluso in sede fallimentare con disposizioni anche derogatorie di quelle codicistiche sulla circolazione dell'azienda, specie per quanto attiene alla retrocessione.

Anche per colmare questa omissione auspicavo in precedenza una autonoma regolamentazione dell'affitto nel concordato, ma comunque, non avendo il legislatore seguito questa strada, è chiaro che deve essere il giudice, in presenza di una offerta di affitto di azienda, a dettare le condizioni indispensabili per presentare offerte alternative, e che possono anche non essere state prese in considerazione nell'originaria offerta. Credo, ad esempio, che il tribunale non possa imporre, di sua iniziativa, che l'affitto sia propedeutico alla vendita, per cui non può richiedere che l'offerta debba essere necessariamente accompagnata da una proposta di acquisto irrevocabile dato che la legge consente, come visto, anche l'affitto di azienda senza ulteriori impegni; tuttavia in questi casi diventa indispensabile regolamentare la retrocessione dell'azienda che, come è noto, realizza un'ipotesi circolatoria alla quale consegue, per legge, l'applicazione del disposto di cui all'art. 2112 c.c. che regola la sorte dei rapporti di lavoro in caso di trasferimento di azienda, nonché l'applicazione dell'art. 2558 c.c. che regola il subentro del cessionario nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda che non abbiano carattere personale, ecc..

Per far fronte a questa eventualità, il legislatore del 2006 aveva disposto, al sesto comma dell'art. 104-bis, che *“la retrocessione al fallimento di aziende, o rami di aziende, non comporta la*

¹⁰⁵ G. Savioli, *Concorrenza nel mercato e per il mercato delle crisi d'impresa*, cit., 5.

responsabilità della procedura per i debiti maturati sino alla retrocessione, in deroga a quanto previsto dagli articoli 2112 e 2560 del codice civile. Ai rapporti pendenti al momento della retrocessione si applicano le disposizioni di cui alla sezione IV del Capo III del titolo IP”, all’evidente scopo di evitare che una gestione aziendale azzardata possa pregiudicare la massa dei creditori. Questa norma è stata ritenuta applicabile ad ogni ipotesi di retrocessione aziendale in capo al fallimento, anche se l’affitto non sia stato stipulato dal curatore (che è la previsione normativa) bensì dall’imprenditore poi fallito, ma ho forti dubbi che sia applicabile automaticamente alla restituzione dell’azienda al debitore concordatario o al liquidatore, per cui, poiché trattasi di norma determinante per le sorti del concordato, il tribunale che apre la procedura competitiva deve porre il contenuto di tale norma come clausola contrattuale obbligatoria, sia che l’offerta iniziale non faccia cenno al tema, sia che lo regoli in modo differente.

Nel caso, invece, che l’affitto contenga anche un impegno all’acquisto, è chiaro che bisogna 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 escludere l’intervento di altri interessati alla cessazione del contratto di affitto, per cui il tribunale, per un verso, dovrà regolamentare quale meccanismo di tutela dell’affittuario l’attribuzione del diritto di prelazione, sulla falsariga di quello di cui al comma quinto dell’art. 104-*bis*, anche ove non previsto nell’offerta allegata dal debitore, altrimenti i terzi non sono incentivati a partecipare alla gara¹⁰⁶, e, dall’altro, prevedere e regolamentare la vendita competitiva successiva.

Quanto alle garanzie da offrire (di cui parla il terzo comma dell’art. 104-*bis*), l’art. 163-*bis* espressamente prevede che il tribunale possa disporle per partecipare alla procedura competitiva, per cui di queste si parlerà in seguito.

Ed ancora, se le altre disposizioni dall’art. 104-*bis* in ordine al recesso e al diritto di ispezione non sono elementi obbligatori del contratto, credo che sia imperativo il principio di cui al quarto comma della stessa norma che richiede che la durata del contratto di affitto deve essere compatibile con le esigenze della liquidazione dei beni, compatibilità che, in sede concordataria, va rapportata al piano predisposto. Di

¹⁰⁶ Va ricordato, peraltro, che a norma del secondo comma dell’art. 11 del d.l. 23 dicembre 2013, n. 145, convertito dalla legge 21 febbraio 2014, n. 9, “*Nel caso di affitto o di vendita di aziende, rami d’azienda o complessi di beni e contratti di imprese sottoposte a fallimento, concordato preventivo, amministrazione straordinaria o liquidazione coatta amministrativa, hanno diritto di prelazione per l’affitto o per l’acquisto le società cooperative costituite da lavoratori dipendenti dell’impresa sottoposta alla procedura*”.

conseguenza anche sul punto il tribunale potrebbe intervenire disponendo la competizione per la stipula di un contratto di affitto di azienda della durata più breve di quella indicata nell'offerta originaria.

Nel caso di offerte di acquisto di azienda o di rami di azienda, queste problematiche sono in gran parte superate dal fatto che l'art. 105, che regola la vendita dell'azienda nel fallimento, è richiamato dall'art.182, per cui è chiaro che i comportamenti delle parti interessate devono attenersi alle disposizioni normative ed anche il tribunale nel decreto che dispone la procedura competitiva non ha motivo per discostarsi da esse, che peraltro sono improntate al principio competitivo per il richiamo all'art. 107 contenuto nel secondo comma dell'art. 105 l.fall.¹⁰⁷.

Il vero problema in questo caso è che l'art. 105, fermo il richiamo alla esclusione della responsabilità dell'alienante per debiti prevista dall'art. 2560 c.c., alle modalità per la cessione dei crediti e al trasferimento in capo al cessionario dei privilegi e garanzie esistenti a favore del cedente (di cui ai commi 5, 6 e 7 dell'art. 105), per il resto lascia molto alla libertà delle parti, facendo emergere il grande tema di come sopperire alla estraneità dei terzi all'azienda stessa, che si traduce non solo in un deficit informativo in parte ovviabile, ma nella stessa possibilità di stipulare quegli accordi che sono determinati per il trasferimento.

Penso principalmente agli accordi sindacali per la liberazione del cedente dalle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro, come previsto anche dal secondo comma dell'art. 2112 c.c., che si riflette ovviamente sul prezzo, o per il trasferimento solo parziale dei lavoratori alle dipendenze dell'acquirente e le ulteriori modifiche del rapporto di lavoro consentite dalle norme vigenti, giusto il disposto dell'art. 105, che sostanzialmente rinvia al comma 4-bis dell' art. 47 legge n. 428/90, per il quale *“nel caso in cui sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento, anche parziale, dell'occupazione, l'articolo 2112 del codice civile trova applicazione nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo medesimo qualora il trasferimento riguardi aziende: [... omisis ...] b-bis) per le quali vi sia stata la dichiarazione di apertura della procedura di concordato preventivo”*.

¹⁰⁷ È da escludere, quindi, la tentazione di introdurre nel decreto la tutela di esigenze occupazionali o sociali in genere a scapito del prezzo, dal momento che l'art. 105 non prevede questa possibilità, al contrario della normativa in materia di amministrazione straordinaria, ove, però, dal valore patrimoniale dell'azienda si detrae il *badwill*, costituito anche dalle possibili perdite che l'acquirente può subire nei due anni successivi all'acquisto (art. 63, D.Lgs. n. 270/1999).

Accordi del genere richiedono la necessaria adesione del titolare dell'impresa, per cui sono inquadrabili in una trattativa tra debitore e primo offerente, nel mentre il terzo offerente, se non trova eguale disponibilità del debitore, può solo assumere l'impegno a contrattare con i sindacati il trasferimento della forza lavoro, ma non può offrire, né a sé né ai creditori, alcuna certezza su una svolta fondamentale per la prosecuzione dell'attività.

Il fatto è che il terzo offerente, come in ogni trattativa, avrebbe necessità di colloquiare con il debitore che, probabilmente, avrà un atteggiamento ostile verso il nuovo offerente; anzi quanto più il debitore è interessato a che sia realizzata la proposta da lui fatta tanto più porrà ostacoli ad altre offerte. Si pensi, ad esempio alla successione nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda nei quali, a norma dell'art. 2558 c.c., subentra l'acquirente, "*se non diversamente pattuito*" o all'esclusione del passaggio al cessionario dei debiti relativi all'esercizio dell'azienda ceduta, sorti prima del trasferimento, "*salva diversa convenzione*" (comma 4, art. 105). E' chiaro che il terzo offerente non può escludere dalla cessione alcuni contratti, né può accollarsi parte dei debiti pregressi scontandoli sul prezzo, se il debitore non è disponibile a trattare su tali aspetti, ne questi è tenuto a farlo per il fatto di aver eventualmente stipulato un eguale accordo con l'offerente da lui proposto, perché il terzo non può approfittare degli accordi raggiunti tra altri soggetti.

Sotto questi profili diventa determinante il decreto del tribunale che apre la procedura competitiva, che recependo l'offerta iniziale cui comparare le altre o indicando alcuni elementi di sua iniziativa, assicura, nei limiti che si vedranno in prosieguo, i terzi offerenti che potranno avvalersi degli accordi già raggiunti dal debitore con il primo offerente. Fermo restando che la disparità rimane perché, nel valutare le offerte migliorative, gioca un ruolo non indifferente il fatto che mentre il terzo offerente può solo prospettare la possibilità di stipulare in futuro accordi del genere, l'offerta allegata già concretizza questi accordi.

Passando alle singole disposizioni circa il contenuto del decreto che dispone la procedura competitiva, è del tutto ovvio che il tribunale debba indicare la data dell'udienza per l'esame delle offerte e le modalità di svolgimento della procedura competitiva, anche se questa doppia previsione non è priva significato, come si dirà trattando della scelta dell'offerta migliore; le garanzie che devono essere prestate dagli offerenti e le forme di pubblicità del decreto, che possono essere le più varie (quotidiani, internet, ecc.), dovendosi, però – come stabilisce la parte finale del primo periodo del secondo comma dell'art. 163-bis –, "*in ogni caso*" disporre "*la pubblicità sul portale delle vendite pubbliche di cui all'art. 490 c.p.c.*" (di imminente istituzione) e stabilire "*l'aumento minimo del corrispettivo di cui*

al primo comma del presente articolo che le offerte devono prevedere". Altra parte della stessa disposizione normativa richiede che le offerte devono essere presentate in forma segreta (per ovvi motivi di regolarità), essere conformi a quanto previsto dal decreto (che segna il pilastro portante del sistema) e non essere sottoposte a condizione (per tenere indenne la vendita dalle incertezze legate al verificarsi o meno della condizione), pena la inefficacia, che equivale ad inammissibilità dell'offerta. Di questi particolari è opportuno che il decreto dia notizia, benchè previsti dalla legge e, quindi, da ritenere conosciuti, dato che, nello spirito di incentivare la competizione, il decreto deve costituire la fonte principale di conoscenza dei comportamenti da seguire, anche per i soggetti meno esperti e attrezzati. Molto più problematici sono gli altri elementi richiamati dal secondo comma dell'art. 163-bis.

A-Irrevocabilità delle offerte.

Il decreto che dispone l'apertura del procedimento competitivo stabilisce le modalità di presentazione di offerte irrevocabili, è l'*incipit* del secondo comma dell'art. 163-bis e non può non convenirsi sulla opportunità di questa scelta, per avere la sicurezza che le offerte che verranno presentate non potranno essere ritirate in corso di competizione, il che, tra l'altro, non agevola accordi sottobanco. Lo stesso non poteva richiedersi per l'offerta iniziale che, come detto, può essere revocabile o irrevocabile, e questo spiega la disposizione già richiamata secondo cui *"l'offerta di cui al primo comma diviene irrevocabile dal momento in cui viene modificata l'offerta in conformità a quanto previsto dal decreto di cui al presente comma ..."*. Disposizione di estrema importanza in quanto, come già in parte detto, evidenzia come l'offerente originario, abbia o non presentato una offerta irrevocabile, per partecipare alla procedura competitiva debba presentare una nuova offerta che sia conforme alle modalità contenute nel decreto del tribunale e prestare le garanzie stabilite con il medesimo decreto perché solo da quel momento l'offerta diventa irrevocabile, e questa è una condizione per partecipare alla competizione.

Il rischio implicito in questo sistema è che se il primo offerente non modifica la sua offerta in conformità del decreto, può ritirarla, anche qualora non ne siano arrivate altre; anzi egli, pur se la sua offerta sia eventualmente scelta perché non arrivano altre migliori, a termini di questa disposizione, potrebbe ancora revocare l'offerta, mai diventata irrevocabile in mancanza di modifica¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Per questo si diceva in precedenza della opportunità che l'offerta del terzo diventasse irrevocabile, in quanto accettata dalla controparte, quando questi presenta un piano concordatario basato proprio su quell'offerta.

B-Garanzie.

Come più volte accennato, nel decreto devono essere indicate le garanzie che devono essere prestate dagli offerenti e, a mio avviso, il tribunale può richiedere le garanzie che ritiene più idonee, seppur non contenute nell'offerta allegata.

Tanto si deduce, ancora una volta, dall'ult. parte del secondo comma dell'art. 163-*bis*, ove si prevede che l'offerta iniziale diventa irrevocabile dal momento in cui essa viene modificata in conformità a quanto previsto dal decreto di apertura della procedura competitiva “e viene prestata la garanzia stabilita con il medesimo decreto”; espressione che, da un lato, dimostra chiaramente come l'offerta originaria possa non contenere alcuna garanzia o una garanzia diversa da quella indicata dal tribunale, alla quale, appunto, l'offerente deve adeguarsi se vuole restare in gara, e, dall'altro, rafforza l'idea in precedenza espressa circa la libertà del giudice di dettare le condizioni e le modalità per la partecipazione alla procedura competitiva, senza essere vincolato a quelle già presentate.

C-Informazioni.

Come già visto parlando delle proposte concorrenti, il tema delle informazioni accessibili ai terzi è cruciale per eliminare quella asimmetria informativa che caratterizza il rapporto tra chi ha la disponibilità dell'azienda – ed ha potuto presentare la proposta concordataria con piena cognizione di causa o ha fornito al suo interlocutore interessato all'acquisto dell'azienda, di un ramo della stessa o di singoli beni i dati utili –, e chi è estraneo a questa area e deve costruire una sua proposta o una sua offerta.

Si è detto che per sopperire a questa situazione il legislatore ha, con il nuovo terzo comma dell'art. 165, attribuito al commissario il compito di fornire “*ai creditori che ne fanno richiesta, valutata la congruità della richiesta medesima e previa assunzione di opportuni obblighi di riservatezza, le informazioni utili per la presentazione di proposte concorrenti, sulla base delle scritture contabili e fiscali obbligatorie del debitore, nonché ogni altra informazione rilevante in suo possesso*”, precisando poi nel quarto comma che questa disciplina “*si applica anche in caso di richieste, da parte di creditori o di terzi, di informazioni utili per la presentazione di offerte ai sensi dell'articolo 163-bis*”. Sennonchè nel secondo comma dell'art. 163-*bis* si dice che il decreto del tribunale che dispone l'apertura della procedura competitiva deve, tra l'altro, indicare “*le forme e i tempi di accesso alle informazioni rilevanti, gli eventuali limiti al loro utilizzo e le modalità con cui il commissario deve fornirle a coloro che ne fanno richiesta*”.

A me pare che vi sia una parziale sovrapposizione tra le due norme citate, che non può non creare confusione. Il tribunale potrebbe, ad esempio, disporre che gli interessati, per avere i dati di cui abbisognano, possono accedere ad una *data room* aziendale o richiederli direttamente all'imprenditore in concordato (o sue strutture organizzative), che il loro utilizzo non è assoggettato alla sottoscrizione di un patto di riservatezza o addirittura imporre al commissario di fornire tutti i dati richiesti, privandolo del giudizio di congruità e utilità; è abbastanza inverosimile che ciò accada, ma sta di fatto che, alla luce della norma di cui all'art. 163-*bis* il tribunale potrebbe emanare disposizioni del genere, perché queste rientrano nelle forme di accesso alle informazioni che il giudice può fissare, attengono ai limiti del loro utilizzo e vanno ad impattare con le modalità con cui il commissario deve operare; ed è chiaro che, in una situazione del genere, il commissario debba sottostare alle indicazioni del tribunale.

C'è solo da sperare nell'indiscusso buon senso dei giudici che sicuramente riusciranno a modellare i decreti competitivi tenendo conto delle prerogative del commissario, che peraltro, costituirà, il più delle volte, la fonte principale di informazione anche per l'organo giudiziario per la redazione del decreto stesso.

D. Comparabilità delle offerte.

Questo della comparabilità delle offerte costituisce il problema centrale perché è del tutto evidente che la competizione richiede la omogeneità tra le varie offerte da comparare e da tutti i primi commentatori è stata sottolineata la difficoltà di una valutazione del genere. A mio avviso, il problema è meno complesso di quello che appare perché la norma in esame non lascia la libertà a ciascuno di fare l'offerta che ritiene, salvo poi raffrontare quelle comparabili tra loro, ma dispone che il tribunale nel decreto di apertura della procedura deve prevedere "*che ne sia assicurata in ogni caso la comparabilità*", per cui è l'organo giudiziario che deve fissare le condizioni alle quali le offerte devono conformarsi, con la conseguenza che, da un lato, il problema si sposta nello stabilire quali sono i limiti di autonomia entro cui il giudice può incidere sull'offerta originaria (di cui si è detto in precedenza) e, dall'altro, la comparabilità, più che tra offerte, va fatta con il decreto che ha dettato le disposizioni della procedura per stabilire se le offerte che pervengono sono a questo conformi, perché, in tal caso, sono necessariamente tutte tra loro comparabili.

E' chiaro, pertanto, che quanto più analitiche sono le disposizioni dettate dal tribunale nel decreto che apre la procedura competitiva, tanto minori saranno le difficoltà di comparazione; per questo motivo si diceva che difficilmente tale decreto potrà essere

contestuale a quello di ammissione, stante la necessità di una attività preparatoria in cui un ruolo determinante lo giuoca il commissario.

E. I requisiti di partecipazione degli offerenti.

Questa disposizione consente al tribunale di escludere dalla partecipazione quelle offerte provenienti da parti correlate o comunque da soggetti che possono trovarsi in situazioni di conflitto d'interesse non tecnicamente riconducibili alla nozione di parti correlate. Terminologia, questa, presente nella bozza di decreto legge "*Investment compact*", che già contemplava l'apertura alle offerte concorrenti proprio quando il piano di concordato prevedeva "*la cessione dell'azienda o di uno o più rami d'azienda, anche mediante fusione, scissione ovvero conferimento, a una o più parti correlate*"¹⁰⁹, e introdotta nel nostro sistema normativo con il d.lgs. 3 novembre 2008, n. 173 di attuazione della direttiva 2006/46/CE, che ha aggiunto il numero 22-bis all'art. 2427, primo comma, cod. civ., ai sensi del quale nella nota integrativa deve essere data indicazione delle operazioni realizzate con parti correlate qualora le stesse siano rilevanti e non siano state concluse a normali condizioni di mercato.

Si tratta, in sostanza, di escludere dalla partecipazione alla competizione non solo i soggetti che direttamente o indirettamente, attraverso uno o più intermediari, controllano o sono controllati dalla società debitrice o sono soggetti al controllo congiunto, quelli che detengono una partecipazione nella società debitrice tale da poter esercitare un'influenza notevole su quest'ultima, ecc., ma, anche al di là dei legami societari e di gruppo, tutti quei soggetti che in qualche modo possono essere accomunati da interessi comuni con il debitore. La ricerca dei soggetti interessati, che è lo scopo dichiarato dalla norma per il quale viene disposta la procedura competitiva, va, quindi, delimitata soggettivamente dalla possibilità per il tribunale di delimitare il campo a coloro che abbiano requisiti di indipendenza.

¹⁰⁹ L'art. 163-bis introdotto in quella sede, e poi espunto dalla stesura definitiva, disponeva, infatti, quanto segue: "*Quando il piano di concordato di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e) prevede la cessione dell'azienda o di uno o più rami d'azienda, anche mediante fusione, scissione ovvero conferimento, a una o più parti correlate, il tribunale, con il decreto di cui all'art. 163, primo comma, può stabilire un termine non superiore a sessanta giorni entro il quale possono essere presentate offerte concorrenti per l'acquisto dell'azienda o del ramo d'azienda e la misura minima dell'aumento del prezzo da apportarsi alle offerte, restando fermi, salvo che il tribunale disponga diversamente, gli altri termini e condizioni stabiliti nella documentazione contrattuale di cui alla cessione prevista nel piano. Le offerte non sono revocabili. Per la definizione di "parte correlata" si fa riferimento ai principi contabili internazionali adottati dall'Unione europea*". Questo era il primo comma, cui seguivano altri che contenevano la disciplina applicativa.

Ovviamente lo stesso requisito non è richiesto per la prima offerta su cui si basano la proposta e il piano, ma il rimedio ad eventuali *combine* con parti non terze e indipendenti rispetto al debitore è dato proprio dall'apertura alla competizione, che potrà fare emergere quale potrà essere il miglior realizzo dei beni e dunque la massimizzazione della *recovery* dei creditori concordatari.

13. La scelta dell'offerta e l'attuazione.

Come detto fin dall'inizio accennando alla differenza tra proposte e offerte concorrenti, in questo secondo caso va sottoposta ai creditori una sola proposta, che deve recepire, ponendola a fondamento del piano, l'offerta migliore. Questo meccanismo presuppone una scelta tra le varie offerte pervenute, da farsi evidentemente prima dell'adunanza dei creditori, e poi la regolamentazione del comportamento del debitore e della sorte della originaria offerta risultata perdente.

Per la verità questo iter logico e cronologico risulta chiaro e univoco soltanto nell'affermazione che la scelta debba precedere l'adunanza dei creditori. Questo dato non solo lo si deduce dal sistema (se ai creditori deve essere presentata una sola offerta è chiaro che la selezione della stessa debba avvenire prima dell'adunanza), ma è espressamente affermato nel terzo comma dell'art. 163-*bis*, lì dove si precisa che la gara tra le offerte migliorative può avere luogo alla stessa udienza fissata per l'esame delle offerte o ad un'udienza immediatamente successiva *“e deve concludersi prima dell'adunanza dei creditori, anche quando il piano prevede che la vendita o l'aggiudicazione abbia luogo dopo l'omologazione”*.

Molto meno lineare è il percorso seguito dal legislatore per la selezione dell'offerta da sottoporre ai creditori. Si è già detto che nel proprio decreto il tribunale fissa *“la data dell'udienza per l'esame delle offerte”* e, a questa udienza, le offerte, presentate in forma segreta, *“sono rese pubbliche alla presenza degli offerenti e di qualunque interessato”* (inizio terzo comma), dizione con la quale il legislatore ha inteso dire che l'udienza di apertura delle buste contenenti le offerte è, per ovvi motivi di trasparenza, pubblica potendovi partecipare, oltre agli offerenti, qualunque interessato, ma che a tale operazione evidentemente si procede anche se nessuno di costoro sia presente, non potendosi interpretare la mancata presenza di un offerente come rinuncia all'offerta.

A questo punto, lo sviluppo logico dell'iter concorsuale sarebbe stato quello di aprire una gara tra le varie offerte pervenute, quella iniziale e tutte le altre successive, purchè conformi al decreto del tribunale, attraverso la quale individuare quella migliore vincente da porre a base del piano da sottoporre all'assemblea dei creditori, come, peraltro, lascia

intendere il quarto comma lì dove prevede che *“il debitore deve modificare la proposta e il piano di concordato in conformità all'esito della gara”*. Tuttavia, se questo era l'intento del legislatore, bisogna dire che esso non è stato trasfuso nella norma, che, a parte la frase del quarto comma appena ricordata, si esprime in modo completamente diverso.

Il terzo comma dell'art. 163-*bis*, infatti, dopo la previsione dell'apertura delle buste contenenti le offerte all'udienza fissata per l'esame delle stesse, così continua: *“Se sono state presentate più offerte migliorative, il giudice dispone la gara tra gli offerenti”*. Da questa espressione, che esaurisce la disciplina sulla selezione dell'offerta da porre a base della proposta e del piano da sottoporre al voto dei creditori, si deduce che è il tribunale che valuta se le offerte pervenute sono o non migliorative rispetto (ovviamente) a quella originaria, e che solo ove pervengano più offerte ritenute migliorative si apre una gara tra i proponenti di queste¹¹⁰; altrimenti, se cioè, il legislatore avesse voluto disporre la gara tra tutti gli offerenti, non si spiegherebbe perché abbia ipotizzato la presentazione di più offerte migliorative, ove l'aggettivazione comparativa presuppone un raffronto rispetto al modello iniziale, che va fatto dall'organo giudiziario, atteso che secondo la norma è il giudice che dispone la gara tra gli offerenti, quando appunto abbia appurato che sono pervenute più offerte, e non una sola, migliorative rispetto a quella originaria.

Né si spiegherebbe la previsione che la gara può avere luogo alla stessa udienza fissata per l'esame delle offerte o, nonostante l'urgenza a chiudere la vicenda, *“ad un'udienza immediatamente successiva”*; differenziazione che si giustifica, appunto, con la necessità di avvertire gli offerenti assenti all'udienza dell'apertura della gara, cui si procede non in presenza di offerte ma solo di più offerte migliorative, e solo tra gli offerenti migliorativi. Il legislatore, se avesse voluto indire la gara tra tutti gli offerenti, avrebbe previsto la stessa all'udienza fissata per l'esame delle offerte, alla quale gli offerenti interessati a parteciparvi, sapendo che comunque si sarebbe aperta la gara, sarebbero stati presenti.

E, quindi, se arriva una sola offerta, il tribunale stabilisce se questa è migliorativa o non di quella originaria e, se la ritiene tale, è questa offerta che va posta a fondamento della proposta concordataria, altrimenti si procede con la originaria proposta del debitore: se, invece, arrivano più offerte e più di una di esse sono considerate dal tribunale migliorative rispetto a quella originaria, questa viene scartata e, per scegliere la vincente, si effettua la gara tra gli altri offerenti, dato che la norma, come ricordato, prevede la gara solo nel caso che siano state presentate *“più offerte migliorative”* e la prevede tra gli offerenti.

¹¹⁰ Credo che si tratti di provvedimento non reclamabile per gli stessi motivi detti per il decreto di apertura del procedimento competitivo.

Ed infatti, quando, nel corpo sempre del terzo comma dell'art. 163-*bis* si parla di liberazione dell'offerente originario dalle obbligazioni eventualmente assunte con il debitore nel caso di preferenza di altra offerta, si dice che detta liberazione avviene “con la vendita o con l'aggiudicazione, se precedente”, ove il termine aggiudicazione si riferisce all'individuazione dell'acquirente finale quando venga fatta la gara competitiva tra più concorrenti, mentre il termine vendita si riferisce al caso in cui ci sia un unico offerente al quale i beni vengono venduti senza una preventiva aggiudicazione¹¹¹, e, quindi senza una gara che, appunto, non è obbligatoria. Ed allora, con la previsione del quarto comma, secondo cui il debitore deve modificare la proposta e il piano di concordato in conformità all'esito della gara, poiché questa è solo eventuale, è da ritenere che il legislatore, consciamente o inconsciamente, abbia utilizzato una *sineddoche*, usando il termine gara per indicare l'intero complesso delle attività svolte per determinare l'offerta che ha prevalso sulle altre.

In tal modo è stato attribuito al tribunale il compito, abbastanza impegnativo e che sfiora la stessa convenienza, di valutare se l'offerta o le offerte concorrenti siano migliori di quella proposta dal debitore, di fare, cioè, quella valutazione riservata, nel decreto legge al commissario, diretta a stabilire, sulla base di un giudizio comparativo, quale offerta corrisponda al miglior interesse dei creditori, per poi aprire una gara solo tra quelle offerte giudicate migliorative rispetto a quella originaria del debitore. E' un compito anomalo e in contrasto col ruolo dell'organo giudiziario nel concordato, ma il fatto che debba essere il tribunale a valutare se sono state presentate più offerte migliorative costituisce, al di là delle conseguenze che se ne vogliano far discendere sui partecipanti alla gara, un dato inoppugnabile nel quale è insita una valutazione di merito.

Il quadro si completa con la previsione del quarto comma dell'art. 163-*bis*, per il quale “*il debitore deve modificare la proposta e il piano di concordato in conformità all'esito della gara*”. Previsione indispensabile perché le offerte concorrenti si inseriscono, come detto fin dall'inizio, nella strategia attuativa delle proposte e del piano del debitore, per portare ad un risultato migliore, per cui l'offerta vincente, in quanto attua la massimizzazione del valore di realizzo di un singolo bene o di un intero complesso aziendale, deve essere recepita nella proposta, ma principalmente, nel piano del debitore, che vengono sottoposti al giudizio dei creditori; in questo senso il debitore deve modificare proposta e piano.

¹¹¹ In tal senso F. Lamanna, *La legge fallimentare*, cit., 47.

Non è fissato un termine per tale modifica e questo non può essere quello posto dal secondo comma dell'art. 172, di quindici giorni prima dell'adunanza dei creditori, quando l'offerta vincente cui adeguarsi viene determinata in un momento successivo a tale data. Quando l'offerta preferita viene individuata in data anteriore a quella fissata dall'art. 172, questa potrebbe segnare il limite ultimo per la modifica, anche per dar modo al commissario – visto che la situazione lo consente – di poter redigere una relazione integrativa da depositare nei dieci giorni antecedenti l'udienza per spiegare la modifica intervenuta, tanto più che è difficile pensare che nella prima relazione, da depositare quarantacinque giorni prima dell'adunanza, la vicenda concorrenziale sia già conclusa; tuttavia sarei più propenso a credere che quella di cui all'art. 163-*bis* sia una fattispecie speciale, in cui la modifica non è frutto di una scelta del debitore ma gli è sostanzialmente imposta, sicchè per essa non credo possa valere la richiamata norma generale e debba fissarsi come termine ultimo per la modifica/adeguamento quello della udienza dei creditori, che individua il termine entro il quale deve essere completata la gara, da cui esce l'offerta vincente alla quale il debitore deve conformare la propria proposta e il piano.

La carenza più grave di questa parte della norma è, a mio avviso, costituita dalla mancanza di un intervento sostitutivo della eventuale inerzia o ostracismo del debitore che dovrebbe provvedere al recepimento dell'offerta vincente. E' chiaro che il mancato adeguamento della proposta e del piano alla realtà della offerta concorrente preferita o vincente costituisce un motivo di revoca del concordato ex art. 173 l.f., applicabile anche nella fase del pre concordato, o, comunque di inammissibilità, in questo caso, della proposta di concordato pieno non adeguata, ma il problema non sono le sanzioni risolutive, bensì quelle esecutive da parte dell'organo giudiziario per portare coattivamente a termine il concordato sulla base dell'offerta concorrente scelta, a simiglianza di quanto disposto dall'art. 185 per le proposte concorrenti.

I tentativi di applicare il sistema previsto da questa norma anche alle offerte concorrenti si scontrano con la chiara dizione degli ultimi commi dell'art. 185 che chiaramente e inequivocabilmente prendono in considerazione la resistenza o l'inerzia del debitore a dare esecuzione alla proposta concorrente omologata; né questo sistema può essere esportato alle offerte concorrenti in via analogica per la diversità che corre tra le due fattispecie. L'art. 185, per la sua collocazione e per il suo contenuto, regola, infatti, l'esecuzione del concordato e i commi che trattano dei poteri coercitivi del tribunale riguardano l'esecuzione della proposta concorrente che sia stata scelta dai creditori, al posto di quella presentata dal debitore, e omologata dal tribunale, nel mentre nel caso

delle offerte concorrenti si tratta di imporre al debitore di recepire nella sua proposta, da sottoporre ai creditori, l'offerta concorrente risultata vincente. Nel primo caso, quindi, un intervento coercitivo sul debitore si giustifica perché si tratta di dare esecuzione ad una proposta che ha già raccolto la maggioranza dei voti ed è stata omologata dal tribunale, nel secondo, tra le più offerte presentate ne è stata scelta una, selezionata nel modo in precedenza indicato, che per essere sottoposta ai creditori, deve entrare nella proposta del debitore, il quale, almeno fin quando la stessa non viene approvata dai creditori (o omologata secondo altro indirizzo, di cui si è accennato trattando delle proposte concorrenti), ha la disponibilità piena della stessa e può, pertanto, ove non ritenga di adeguarsi, ritirare la sua domanda; ed è indubbio che se viene meno la domanda di concordato vengono meno anche le offerte.

Probabilmente è su questa autonomia che bisognava intervenire per ovvie ragioni di interesse pubblico; non si può, infatti, consentire che su una proposta preconfezionata del debitore si apra una procedura concordataria, si raccolgano offerte di altri interessati, si selezioni l'offerta migliore, con un dispendio di tempo, di energie e di danaro per l'apparato dello Stato e per gli interessati, e, a quel punto, il debitore, proprio nel momento in cui si individua una offerta migliorativa per i creditori rispetto a quella da lui presentata, possa dire di non avere più interesse a proseguire nella procedura concordataria, rischiando poco, ove non vi siano domande di fallimento¹¹², ponendo così nel nulla tutto ciò che era stato fatto fino a quel momento. Ovviamente, in questo caso di ritiro come di revoca o altro provvedimento ablativo, verrebbe posto nel nulla tutto ciò che proceduralmente è stato fatto, con salvezza soltanto di eventuali negozi già conclusi, sicché il contratto di trasferimento intervenuto rimane valido ed efficace in quanto legalmente compiuto in corso di procedura, nel mentre la scelta dell'offerta vincitrice, in quanto atto procedurale, perde ogni valore perché viene meno il terreno nel quale dovrebbe essere coltivata per il suo successivo sviluppo, che è la procedura di concordato¹¹³.

Il legislatore, infine, prende in considerazione anche la posizione di colui che ha presentato l'offerta originaria accettata dal debitore concordatario qualora sia stata scelta

¹¹² Peraltro anche in pendenza di queste, ove il fallimento non sia immediatamente dichiarato, il debitore ha comunque la possibilità di presentare altra domanda di concordato, che ha la precedenza nell'esame nella pendenza dell'istruttoria prefallimentare, salvo l'abuso di diritto (cfr. Cass. sez. un. 15 maggio 2015, n. 9935 in www.fallimentiesocieta.it).

¹¹³ Conf. L. Varotti, *Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare*, in ww.ilcaso.it. 17 agosto 2015, 6.

una offerta presentata da altri. Invero, la fine del terzo comma dell'art. 163-bis dispone che *“in ogni caso, con la vendita o con l'aggiudicazione, se precedente, a soggetto diverso da colui che ha presentato l'offerta di cui al primo comma, quest'ultimo è liberato dalle obbligazioni eventualmente assunte nei confronti del debitore e in suo favore il commissario dispone il rimborso delle spese e dei costi sostenuti per la formulazione dell'offerta entro il limite massimo del tre per cento del prezzo in essa indicato”*.

Anche questa previsione contiene più ombre che luci.

I primi dubbi attengono al significato degli eventi cui la norma collega la liberazione del primo offerente dalle obbligazioni eventualmente assunte nei confronti del debitore. Si è già detto che il termine aggiudicazione si riferisce all'individuazione dell'acquirente finale quando venga fatta la gara competitiva tra più concorrenti, mentre il termine vendita si riferisce al caso in cui ci sia un unico offerente al quale i beni vengono venduti senza una preventiva aggiudicazione, ma, in realtà, a voler essere più precisi, la procedura competitiva non comprende né una aggiudicazione in senso tecnico né una vendita, bensì soltanto la scelta della offerta migliore. Ossia, la gara ha lo scopo non di individuare il miglior offerente al quale aggiudicare i beni, come in una vendita con incanto, ma a selezionare la migliore offerta che deve essere posta a fondamento della proposta e del piano da sottoporre alla votazione dei creditori, per cui solo dopo l'approvazione di costoro e l'omologa del tribunale, a quella offerta sarà data esecuzione, a meno che per ragioni di urgenza non si provveda al trasferimento – oggetto dell'offerta scelta –, immediatamente, per cui mi sembra più corretto dire che il legislatore, con termine vendita, abbia inteso fare riferimento all'atto di trasferimento dei beni al terzo offerente-sia esso selezionato direttamente dal tribunale o a seguito di gara, prima della omologa, e con il termine aggiudicazione alle ipotesi in cui si proceda alla alienazione dopo l'omologa, ma intanto si sia individuata l'offerta più conveniente, sia che la scelta sia fatta direttamente dal tribunale che a seguito della gara tra più offerte migliorative; anche se è altamente probabile che alla vendita si pervenga, data la ristrettezza dei tempi, quando non vi sia bisogno di una gara per la presenza di un unico offerente e all'aggiudicazione, nel senso atecnico detto, quando si debba fare una selezione tra una pluralità di offerte attraverso una gara.

In questo modo diventa coerente la scelta di subordinare il momento della liberazione del primo offerente alla aggiudicazione o alla vendita a soggetto diverso, perché questi eventi coincidono con quelli in cui viene selezionata l'offerta migliore. L'aggiudicazione, infatti, costituisce, nel significato sopra attribuito al termine, l'atto finale della selezione delle offerte, per cui, preferita altra offerta, è giusto che il primo sia liberato dai suoi impegni,

dato che è all'offerta vincente che il debitore deve adeguare la sua proposta, indipendentemente dalla esecuzione della stessa; pertanto, sia, che il debitore non recepisca l'offerta scelta, sia che la proposta basata su questa non venga approvata dai creditori, o, approvata, non venga omologa, ecc., l'offerta originaria non potrà più essere ripescata, perché ormai non fa più parte della proposta e del piano sottoposti ai creditori. Tra l'atto finale della scelta dell'offerta vincente e la vendita vi può, invece, essere una sfasatura temporale, ma poiché nel quadro sopra rappresentato, la fattispecie presuppone che l'atto di trasferimento sia stipulato prima dell'omologa, si capisce come questo iato sia abbastanza ristretto; se invece la vendita la si rapporta alla sola presenza di una unica offerta senza collocarla nella fase antecedente l'omologa, la norma imporrebbe al primo offerente di attendere per la sua liberazione fino alla stipula dell'atto traslativo dei beni, che può intervenire a distanza anche di lungo tempo.

Ad ogni modo, dai momenti indicati, il primo offerente *“è liberato dalle obbligazioni eventualmente assunte nei confronti del debitore”*, e, di conseguenza, anche questi è liberato delle sinallagmatiche obbligazioni assunte nei confronti della controparte, benchè la norma prenda in considerazione la sola posizione dell'offerente.

Oltre alla liberazione dalle sue obbligazioni, il primo offerente, sempre nel caso di superamento della propria offerta, ha diritto al rimborso delle spese e dei costi sostenuti per la formulazione dell'offerta entro il limite massimo del tre per cento del prezzo in essa indicato.

Per la verità non vi era motivo per riconoscere un diritto al rimborso delle spese e dei costi al primo ricorrente qualora la sua offerta non fosse stata accettata dal debitore perché si è realizzata una ipotesi di trattativa contrattuale non andata a buon fine, nel mentre un ristoro anche forfettario, a mò di clausola penale, è giustificabile ove il debitore e il terzo avessero concluso un contratto, sebbene, anche in questo caso, essendo l'accordo intervenuto in vista e in funzione della domanda di concordato, l'alea del superamento dell'accordo è oggi connaturata a questo tipo di procedura. Evidentemente il legislatore – come spiegato nella Relazione accompagnatoria – ha voluto *“evitare il rischio che la prospettiva di una successiva procedura competitiva disincentivi i terzi rispetto alla presentazione di proposte di acquisto, in qualsiasi forma, durante la fase iniziale del processo di risoluzione concordata della crisi. In assenza di tale rimborso, i potenziali acquirenti più difficilmente investirebbero tempo e risorse nella definizione dell'operazione di cessione degli asset dell'impresa in crisi. Il tetto al rimborso massimo è volto a evitare un'eccessiva lievitazione, a carico della procedura, dei costi per spese professionali sostenute dall'originario offerente ed è disposto entro il limite massimo del tre per cento del prezzo indicato*

nell'offerta. Ciò al fine di non scoraggiare, per l'esiguità dei rimborsi ottenibili, la presentazione di offerte iniziali quando si tratti di cespiti di valore non significativo”.

Si tratta di una spiegazione convincente per estendere a tutte le ipotesi di proposte preconfezionate l'applicazione della norma in esame, tanto più che la formulazione della norma, che non stabilisce una percentuale fissa del rimborso, ma indica solo il tetto massimo dello stesso, permette di graduare lo stesso al singolo caso concreto. Vi è da aggiungere che, a mio avviso, tale rimborso è preventivamente rinunciabile da parte dell'interessato, precisando, ad esempio, al momento della presentazione dell'offerta di nulla pretendere ove risulterà scelta altra eventuale offerta alternativa.

Ciò che non è chiarito è perché sia stato attribuito al commissario il compito di disporre il rimborso delle spese e dei costi, visto che tale organo ha soltanto funzioni di vigilanza e non la gestione dell'impresa in concordato. Peraltro non si capisce se disporre il rimborso significhi che il commissario quantifica lo stesso o anche provvede al pagamento; deve optarsi per la prima soluzione, pur se in tal caso sarebbe stato più logico attribuire tale compito al tribunale, che gestisce l'intera procedura competitiva, perché non si vede con quali mezzi e quali poteri possa provvedere al pagamento, salvo a svuotare il deposito di cui al n. 4 del secondo comma dell'art. 163, destinato ad altri fini e il più delle volte insufficiente.

Il fatto che a decidere in proposito sia il commissario, porta come conseguenza che avverso il provvedimento in questione l'interessato può proporre soltanto il ricorso ex art. 36 (applicabile al commissario giudiziale per il richiamo contenuto nel secondo comma dell'art. 165) per violazione di legge, di modo che tutte le questioni sulla entità del rimborso non possono essere oggetto del reclamo.

Non è indicato, infine, il tempo entro il quale il commissario deve provvedere al rimborso o, quanto meno quantificarlo; probabilmente dovrebbe assolvere a questo incarico prima dell'assemblea dei creditori perché, a quella data la gara è esaurita e si conosce l'offerta vincente¹¹⁴, ed, essendo detto rimborso a carico della massa, deve essere chiarito ai creditori quali sono le effettive disponibilità a loro riservate. Non vi è dubbio, infatti, che il credito in questione sia da considerare prededucibile, essendo sorto in occasione e in

¹¹⁴ Per la verità sarebbe opportuno conoscere questo dato nel momento in cui si procede a valutare se sono pervenute offerte migliorative, perché nel fare il raffronto andrebbe calcolato l'importo da attribuito al primo offerente nel caso di scelta di altre offerte, ma il diritto del primo offerente al rimborso nasce soltanto all'esito della selezione, ove sia stata preferita, peraltro dal tribunale e non dal commissario, altra offerta.

funzione della procedura concordataria e per l'utilità della massa per aver stimolato l'interesse di altri che hanno fatto offerte migliori.