

## **LE PROPOSTE CONCORRENTI QUALI NUOVI STRUMENTI PER LA SOLUZIONE DELLA CRISI\***

di

**Alessandro Rimato**

SOMMARIO: *1. Premessa; 2. Le proposte concorrenti: le ragioni di un nuovo istituto; 2.1. L'interesse del debitore ad entrare in procedura nell'attuale contesto normativo; 2.2. L'interesse del terzo anche creditore alla proposizione della proposta concorrente; 3. Considerazioni conclusive.*

### **1. PREMESSA**

Nell'attuale scenario macroeconomico un'impresa, quantunque in crisi<sup>1</sup>, può rivelare un interesse per il mercato; le regole giuridiche poi, nel particolare, quel segmento che si

---

\* Il testo riproduce, meglio articolato ed innovato con le note di riferimento, l'intervento dell'Autore nel Convegno tenutosi a Roma il giorno 22 giugno del 2016 dal titolo "Nuovi strumenti per la soluzione delle crisi di imprese e famiglie" organizzato dall'Istituto per il Governo Societario in collaborazione col Dipartimento di Scienze Economiche e Aziendali dell'Università Guglielmo Marconi, Roma.

<sup>1</sup> Qui il termine crisi viene volutamente adoperato in senso generico confondendolo con quello di insolvenza, così come ancora oggi la intende la Legge Fallimentare. E' noto come l'art. 36 del D.L. n.273 del dicembre del 2005, la cui rubrica, titolata "Equiparazione dello stato di crisi a quello di insolvenza", abbia introdotto un secondo comma (ora divenuto terzo, in quanto l'art. 160 è stato riscritto dall'art. 12 del D. Lgs 169 del 2007 meglio noto come "decreto correttivo") all'art. 160 con l'inserzione della locuzione "ai fini di cui al primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza". Cfr. P. VELLA, in *La contendibilità dell'azienda in crisi. Dal concordato in continuità alla proposta alternativa del terzo*, in *IlCaso.it*, febbraio 2016, p. 9. La ratio di fondo che ebbe ad ispirare siffatta equivalenza, in senso chiaramente incentivante del concordato preventivo, poteva giustificarsi allora, in quel contesto, in cui da pochi mesi, precisamente dal precedente mese di marzo, era entrata in vigore una nuova figura di concordato preventivo caratterizzata dalla atipicità delle proposte, riflesso questo dell'ampia libertà riconosciuta all'imprenditore di attrezzare un piano che

potesse al meglio soddisfare i creditori rispetto all'alternativa fallimentare. Ora viceversa a consuntivo, dopo circa dieci anni di applicazione, ci si è resi conto che di quel sistema, così come consegnatoci dalle riforme del 2005/2006, se ne era abusato e come risposta si è avvertito il bisogno di reagire a quel modello processuale, troppo sbilanciato a favore del debitore, ancorandolo per converso a dei parametri empirici. Da qui la genesi della riforma del 2015 realizzatasi in due tempi : dapprima in forma lieve con il D.L. n. 83 del 27 giugno del 2015 ( il cui articolo 4, ha innovato l'art. 161 L.F, con l'inserimento, nel comma secondo lettera "e", dopo le parole "*adempimento della proposta*", dell'inciso: "*in ogni caso la proposta deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore*") e successivamente in forma più marcata (giusto il pensiero di M. FABIANI, in *I nuovi vincoli alla proposta di concordato preventivo visti dal prisma di una "lettura difensiva"*, in *Fall.* 2016, p. 507 nel proseguo, precisamente *infra* 3 sarà offerta una chiave di lettura di natura sanzionatoria) con legge di conversione, la n. 132 del 2015 del successivo 20 agosto ; la quale non solo all'art. 160 ha inserito un nuovo comma IV il quale dispone che "*proposta di concordato deve assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari. La disposizione di cui al presente comma non si applica al concordato con continuità aziendale di cui all'art. 186 bis.*", ma si è estesa anche ad abrogare un istituto cardine di favor per la soluzione concordata della crisi di impresa il c.d. *silenzio assenso* di cui all'art. 178 introdotto dalla legge n.134 del 2012. Sottolineiamo per l'attento lettore l'importanza di tener distinto il Decreto Legge n.83/15 del 27 giugno dalla sua Legge di conversione in quanto in questo ultimo provvedimento sono stati introdotti in sede parlamentare degli emendamenti che non si armonizzano affatto coi principi ispiratori di cui al preambolo del Decreto Legge che si individuano "*nel rafforzare le disposizioni sulla 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 che affiancano il giudice nella gestione delle procedure concorsuali, di prevedere la possibilità di concludere nuove tipologie di accordo di ristrutturazione del debito*". Da qui i dubbi di legittimità costituzionali sollevati dalla dottrina. Cfr. L.A. BOTTAI, *Presupposti per l'ammissione alla procedura*, in AA.VV., *La Nuova riforma del diritto concorsuale, commento operativo al D.L. n.83/2015 convertito in L. n. 132/2015*, Torino, 2015, 110; G.N. NARDO, *Nuovi presupposti per l'ammissione alla procedura della proposta di concordato con cessione dei beni*, in AA.VV., *La nuova legge fallimentare*, Milano, 2016, p. 96; M. FABIANI, *I nuovi vincoli alla proposta di concordato preventivo visti dal prisma di una "lettura difensiva"*, In *Fall.*, 2016, 574 parla di "*giustapposizione sistematiche determinate dalla lontananza ideologica di quanto hanno concorso a predisporre il testo del decreto legge e di quanti sono invece intervenuti nella legge di conversione*"; G.D'ATTORRE, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, in *Fall.* 2015, p.1164, G. BOZZA, *Brevi considerazioni su alcune norme dell'ultima riforma*, in *www.Fallimentiesocieta.it* 2015; L. PANZANI, *Le alternative al fallimento. Il concordato e gli accordi di ristrutturazione dopo il D.L. n.83/2015*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da O. CAGNASSO e L. PANZANI, Milano, 2016, 3112. Cfr. P. VELLA, *op. cit.*, p.19. A. RIMATO, *Brevi considerazioni sulla L. 132/2015*; dello stesso Autore, *Proposte concorrenti e mercati delle proposte nel nuovo concordato preventivo*, entrambi in *www.Fallimentiesocieta.it*, 2015; Per l'approfondimento sistematico del concordato preventivo ante novelle 2015 si rinvia a M. FABIANI, "*Il fallimento e concordato preventivo art. 2221. Il Concordato preventivo*", in G. De nova (a cura di) "*Commentario del codice civile e codici collegati*", Scialoja – Branca – Galgano, Bologna, 2014. Sulle diverse interpretazioni che si sono susseguite in dottrina del testo riformato della legge fallimentare all'indomani della promulgazione della legge n. 132 del 2015 oltre a quanto citato sopra si rinvia a AA.VV. *La nuova*

occupano delle crisi d'impresa<sup>2</sup>, giocano un ruolo importante, in quanto tendenzialmente aspirano a non intaccare quel residuo valore, preservandolo all'interno di una logica procedimentale che, contemperando i diversi interessi in gioco, mirano restituire all'impresa una autonoma redditività, così da reinserirla, scevro da ogni peso<sup>3</sup>, nel circuito virtuoso dell'economia<sup>4</sup>. Il sintagma crisi d'impresa disvela frizione di interessi<sup>5</sup>

---

*legge fallimentare* (a cura di F. SANTANGELI), Milano, 2016; F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n.35/2015*, Milano, 2015; S. AMBROSINI, *La disciplina della domanda di concordato preventivo nella miniriforma del 2015*, in *www.IlCaso.it*; ID., *Il diritto della crisi d'impresa alla luce della miniriforma del 2015* (introduzione), *op. cit.* p. 110; G. BOZZA, *op. cit.*; M. FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in *www.IlCaso.it*, 2015; L. VAROTTI, *Appunti veloci sulla riforma della legge fallimentare*, I,II e III parte, in *www.IlCaso.it*; F. SANTANGELI, *Le prospettive incerte*, in *La nuova legge fallimentare*, Milano, 2016 (introduzione) A. JORIO, *Introduzione*, in *Fallimento e concordato fallimentare*, Milano, 2016, 1; P.D. BELTRAMI, *Le recenti (ulteriori) modifiche al concordato preventivo dell'estate de 2015*, in *www.IlCaso.it*. P. VELLA, *op. cit.*, ove nella nota vengono riportati tutti gli A. che si sono occupati delle modifiche alla legge fallimentare introdotte nella scorsa estate. Tra i compiti demandati al legislatore delegato dallo schema di legge delega di cui alla commissione Rordorf per la riforma organica delle procedure concorsuali figura all'art. 2, "principi generali", lett. c), quello di introdurre "una definizione dello stato di crisi intesa come probabilità di futura insolvenza, mantenendo l'attuale nozione di insolvenza di cui all'art. 5 del regio decreto 16 marzo 1942 n. 267. Cfr. Regolamento UE 2015/848 del 20 maggio del 2015 dove al decimo considerando si prevede l'estensione della disciplina "alle procedure di ristrutturazione del debitore nella fase in cui sussiste soltanto una probabilità di insolvenza, nonché alle procedure in cui il debitore mantiene un controllo totale o parziale dei suoi beni o affari". Per adeguati approfondimenti sul punto si rinvia a S. PACCHI, *La raccomandazione della commissione UE su un nuovo approccio all'insolvenza anche alla luce di una prima lettura del Regolamento UE n.848/2014 sulle procedure di insolvenza*, in *www.Fallimentiesocieta.it* 2015. Da ultimo è stata offerta una definizione di stato di crisi non in chiave descrittiva bensì funzionale allo scopo perseguito dal concordato preventivo, sul punto si rinvia a G. PRESTI, *Stato di crisi e stato di insolvenza*, in *Crisi di Impresa*, *op. cit.*, p. 428.

<sup>2</sup> Cfr. G.B. NARDECCHIA, *Crisi d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, Milano, 2007. F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011. M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Milano, 2009. Di recente si è formato un versante del diritto societario dedito allo studio della crisi d'impresa; per una trattazione di carattere generale si rinvia a AA. VV., *Diritto societario e crisi d'impresa*, Torino, 2012.

<sup>3</sup> In punto di ristrutturazione di una impresa in crisi giocano un ruolo importante anche la dismissione di rapporti pendenti non funzionali al piano. Sul punto ed in particolare sulla genesi dell'art. 169 bis tanto si è scritto, di recente rinvio a A.A. DOLMETTA, *Concordato preventivo e contratti "pendenti" in margine alle modifiche portate all'art. 169 bis dal d.l. n.83/2015*, in *Fallimento*, 2016, p. 395.

<sup>4</sup> L. PANZANI, *Le alternative al fallimento*, *cit.*, p. 3107 e segg.; M. ARATO, *La domanda di concordato preventivo*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, *cit.*, p. 3283 e segg.; F. ROLFI, *Il concordato in continuità*, Milano, 2015, p. 3 ove mette in risalto come "il problema fondamentale che almeno inizialmente non pare essere stato colto dal legislatore della riforma del 2006 / 2007 è costituito dalla profonda diversità che sussiste tra una procedura avente finalità meramente

e ciò spiega gli innumerevoli, per certi versi anche contraddittori<sup>6</sup>, incursioni del legislatore domestico, tutte protese alla ricerca di un bilanciamento tra le posizioni dei

---

*liquidatorie, ed una procedura che, invece, abbia come scopo non solo il soddisfacimento dei creditori dell'impresa ma, ove possibile, anche la salvaguardia e la prosecuzione dell'impresa stessa, con possibilità per quest'ultima di re immettersi, una volta risanata, sul mercato".* Un raro esempio di ricollocazione di una impresa in crisi all'esito di una procedura concorsuale è stato esaminato e deciso dal Tribunale di Milano con sentenza del 10 maggio del 2012 (Pres. Rel. LAMANNA), in *Dir. Fall.* 2012,6,2,634, il quale ebbe ad affrontare una vicenda che, per la sua singolarità, vale la pena di riassumere. Con provvedimento del 12 ottobre del 2015, Il Ministero dello Sviluppo Economico ebbe a decretare la chiusura della procedura di amministrazione straordinaria di una Società a cui la stessa era stata sottoposta a partire dal 26 maggio del 1981. Nelle casse sociali, soddisfatti tutti i creditori concorsuali, residuò un attivo di circa 36 milioni di euro. Nel corso della procedura, un creditore ebbe a proporre due domande tardive del complessivo valore di circa € 28.035.693,71. La ragione giustificatrice delle predette domande fu la stessa: il pagamento degli interessi sospesi ex art. 55 L.F. sulle sorti capitali già ammesse in chirografo al passivo per tutta la durata della procedura (circa 30 anni). Sulla opposizione della debitrice in A. S. ed anche di una socia (la quale opportunamente ebbe a dedurre un danno nel caso di un eventuale accoglimento delle tardive), ne nacque un contenzioso all'esito del quale le tardive furono dichiarate inammissibili e comunque rigettate nel merito per intervenuta prescrizione con la correlativa condanna della ricorrente per lite temeraria per importi rilevanti. In rito l'inammissibilità delle tardive venne giustificata sul rilievo dell'eccezione di giudicato interno (Cass. 2476/2003, Cass. 21241/2010) prodotto dalle tempestive a cui si sarebbe potuta ovviare con la proposizione in seno alle stesse di una domanda condizionata alla realizzazione del surplus, domanda di fatto non spiegata. Dalla motivazione della sentenza traspare, tuttavia, come il diritto agli interessi ex art. 55 L.F. sospesi per tutta la durata della procedura, in ipotesi non sia affatto preclusa, ma potrebbero essere azionati dopo il decreto di chiusura secondo le ordinarie regole del diritto comune. Per l'approfondimento del tema si rinvia a B. INZITARI, *I cosiddetti interessi postfallimentari: sospensione agli effetti del concorso ed inesigibilità nei confronti del debitore tornato in bonis*, in [www.Fallimentiesocieta.it](http://www.Fallimentiesocieta.it), 2015.

<sup>5</sup> E' noto come gravitino attorno ad una impresa una miriade di interessi e questo spiega le tensioni che si registrano allorché la stessa entra in crisi, acuita da oltre dieci anni a questa da una grave congiuntura economica a livello internazionale. Da qui i continui innesti al nostro sistema fallimentare alla ricerca di un punto di equilibrio difficile da perseguire a differenza di quanto avvenuto nel sistema societario che per quanto integralmente riformato dal D.Lgs n.6 del 2003 fino ad oggi ha subito marginali interventi che non ne hanno stravolto la struttura di fondo.

<sup>6</sup> Appare del tutto singolare come il nostro legislatore abbia con il D.L. n. 91 del 24 giugno del 2014 abrogato nel giro di appena quattro mesi l'art. 11 comma terzo quater della legge n.145 del 2013 che così disponeva: "*La disposizione di cui all'articolo 111, secondo comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni, si interpreta nel senso che i crediti sorti in occasione o in funzione della procedura di concordato preventivo aperta ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, del medesimo regio decreto n. 267 del 1942, e successive modificazioni, sono prededucibili alla condizione che la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo siano presentati entro il termine, eventualmente prorogato, fissato dal giudice e che la procedura sia aperta ai sensi dell'articolo 163 del medesimo regio decreto, e successive modificazioni, senza soluzione di continuità rispetto alla presentazione della domanda ai sensi del citato articolo 161, sesto comma.*" Nella relazione illustrativa così si legge: "... non è chiaro in che modo la norma di interpretazione autentica abbia inciso sull'applicazione dell'art. 161, comma 7, L.F., né in che rapporto si ponga ora

principali protagonisti della crisi<sup>7</sup>, regole però che vanno tutte ad incunearsi nell'alveo dell'originale impianto del 1942, un sistema questo che non può non risentire ancor'oggi del clima storico e sociale del tempo in cui vide la luce<sup>8</sup>. Si è così avviata nel nostro paese, anche per rimanere al passo con la legislazione dei paesi più evoluti<sup>9</sup>, una profonda

---

*l'art. 161 comma 7 L.F. rispetto all'art. 111 L.F.. La conseguente incertezza della comprensibilità complessiva della disciplina della prededuzione, esattamente al contrario di ciò cui dovrebbe tendere una norma di interpretazione autentica"; mi pare che qui il legislatore abbia deposto le armi.*

<sup>7</sup> Cfr. P. VELLA, op.cit., 9. Le profonde modifiche subite nostro sistema concorsuale non sono state recepite con la dovuta simmetria dai principali protagonisti della crisi d'impresa, dove per principali protagonisti intendo non soltanto il debitore ed il creditore, ma anche gli organi giurisdizionali deputati alla gestione della crisi e/o dell'insolvenza, come pure dei professionisti a vario titolo responsabilizzati all'interno di una procedura concorsuale. Cfr. M. FABIANI, *I nuovi vincoli... op. cit.*, p.575, ritiene come il dibattito sulla giurisprudenzializzazione del nostro ordinamento è noto: che questo dipenda dalla desertificazione della politica o dalla pervasiva esuberanza dei giudici poco rileva qui, ed ora. La questione è, nella sua declinazione concorsuale, drammaticamente attuale. Ed ancora A. JORIO (a cura di), *Fallimento e concordato fallimentare*, Milano, 2016, (Introduzione), p. 8, dove sottolinea come sia “ ‘ ben nota la ritrosia con la quale alcuni importanti tribunali hanno accolto le parti della riforma comportanti modifiche all'originario assetto di rapporti tra gli attori delle procedure. Il contrasto si è manifestato tra i giudici merito e la Cassazione allorché questa ha inteso anche con pronunce a volte non del tutto perspicue, di riaffermare i principi fondanti della riforma sulla nuova attribuzioni dei ruoli e delle funzioni. Ha certamente contribuito ad alimentare questa contrapposizione la coesistenza a volte difficile tra i principi ispiratori delle nuove norme e quelli espressi dalla vecchia disciplina, essendo rimasta in certe parti immutata ( un esempio per tutti: l'art. 173 l. fall. ). Ma anche l'instaurarsi di prassi comportamentali tese a sovvertire, in nome di pur comprensibili esigenze di miglior funzionamento, l'assetto dei rapporti tra gli organi della procedura stabiliti dalla riforma (si pensi alle istruzioni del Tribunale di Milano “ai curatori di rappresentare il programma di liquidazione al Tribunale prima che al comitato dei creditori”). La circolare oggetto di disamina da parte dell'A. è quella del 21.10.2008 recante “indicazioni operative ai curatori fallimentari riguardo alle modalità di redazione e iter di formazione del programma di liquidazione nelle procedure fallimentari aperte dopo il 1° gennaio 2008 “, reperibile sul sito istituzionale, [www.tribunaledimilano.it](http://www.tribunaledimilano.it). Detta circolare è stata oggetto di una attenta riflessione da parte di M. VITIELLO, *il programma di liquidazione nelle prassi applicative dei tribunali*, consultabile su [www.IlCaso.it](http://www.IlCaso.it) che né ha ricondotto la ratio con riferimento agli artt. 25, comma 1, n. 6, 104 comma 2, e 104 bis co. 1, L.F. Sugli atteggiamenti conservatori della giurisprudenza rinvio a Tribunale di Firenze 12.12.2007 in *Fall.*, 2008, p.194 con nota critica di ESPOSITO, *I rapporti tra gli organi del fallimento al vaglio di costituzionalità*, nonché Tribunale di Firenze 22.3.2007, in *Fall.*, 2007, 673 con nota critica di MINUTOLI, *Nuovi rapporti tra gli organi fallimentari, legittimazione processuale del curatore e nomina dei legali del fallimento*. Ed ancora sul punto Cfr. M. FABIANI, *Per un superamento delle reciproche diffidenze fra giudice e parti nel concordato preventivo*, in [www.IlCaso.it](http://www.IlCaso.it), 2014.

<sup>8</sup> Cfr. L. PANZANI, *La storia del fallimento: uno sguardo d'insieme*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da O. CAGNASSO e L. PANZANI, Milano, 2016, pp. 3 e segg.

<sup>9</sup> Per una panoramica sui profili comunitari, internazionali e di diritto comparato si rinvia AA.VV. *Crisi d'impresa*, op. cit.; AA.VV., *Fallimento e concordato fallimentare*, (a cura di A. JORIO),

rivisitazione del sistema concorsuale<sup>10 11</sup>. Col D.L. n. 83 del 27 giugno del 2015 convertito con originarie modificazioni dalla L. 6 agosto del 2015 n.132 la nostra

---

Milano, 2016; L. PANZANI, *L'insolvenza in Europa: uno sguardo d'insieme*, in *Il Fall.* 2015, p.1013; P. VELLA, *op. cit.*, p. 29.

<sup>10</sup> E' noto come il primo intervento riformatore avvenne col D.L. n.35 del 14 marzo del 2005 dal titolo: *“Disposizioni urgenti nell’ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale”*, il cui art. 2 rubricato: *“Disposizioni in materia fallimentare, civile e processuale civile nonché in materia di libere professioni, di cartolarizzazione dei crediti e relative alla CONSOB”* ebbe significativamente ad innovare su regole portanti del nostro diritto della crisi di impresa, quali la revocatoria fallimentare ed il concordato preventivo. Venne contestualmente inserito un istituto di nuovo conio quale l'accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis. Seguì poi la legge di conversione con modificazioni, la n. 80 del 14 maggio del 2005. Dal 2005 fino al 2015 si susseguirono cinque interventi legislativi, due avvenuti con decreti legislativi (il D. Lgs. 9 gennaio del 2005 n.5 ed il D. Lgs. 12 settembre 2007 n.169, meglio conosciuto come *“correttivo alla legge fallimentare”*) ed i successivi tutti con Decreti Legge a distanza grosso modo di un anno, l'uno dall'altro. Il primo in ordine di tempo fu il D.L. n. 83 del 22 giugno del 2012 (successivamente convertito con modificazioni dalla L. 7 agosto del 2012 n.134) dal titolo *“Misure urgenti per la crescita del Paese”*, ribattezzato col nome di *“decreto sviluppo”* in quanto emanato per far fronte alla grave crisi economica strutturale che attraversava in quel contesto l'economia mondiale, un disciplinare composto da ben 70 articoli, suddivisi in quattro titoli le cui locuzioni sono significative dell'ampio spettro dell'azione governativa e precisamente il titolo primo ha preso il nome di *“Misure urgenti per le infrastrutture l'edilizia ed i trasporti”*, i titoli secondo, terzo, quarto sono stati rispettivamente denominati, *Misure urgenti per l'agenda digitale e la trasparenza nella pubblica amministrazione, Misure urgenti per lo sviluppo economico, Disposizioni finanziarie*. La Legge Fallimentare dal *“decreto sviluppo”* venne innovato dall' art. 33 dal titolo *“Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale”* e vennero introdotti gli istituti della continuità aziendale disciplinata all'art. 186 bis della L.F., nonché il concordato con riserva di cui al comma VI dell'art. 161 della L.F. Seguì poi il c.d. *“decreto del fare”*, vale a dire il D.L. n. 69 del 2013 dal titolo *“disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia”*, un testo questo composto da 86 articoli in cui l'art. 82 ha modificato l'art. 161 della L.F., in particolare il comma sesto, il comma settimo primo periodo ed il comma ottavo, decreto questo successivamente convertito con modificazioni nella L. n. 98 del 9 agosto del 2013. Si arriva così al 2015 con l'emanazione del D.L. n.83 del 27 giugno del 2015 dal titolo *Misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria* convertito con modificazioni con la L. n.132 del 6 agosto del 2015. Per finire la L. n.119 del 2016 che ha convertito il D.L. n. 59/16 dal titolo *Disposizioni urgenti in materia di procedure esecutive e concorsuali, nonché a favore degli investitori in banche in liquidazione* ha nell'art. 40 un comma quinto stabilito che : *“ Il comitato dei creditori si considera costituito con l'accettazione, anche per via telematica, della nomina da parte dei suoi componenti, senza necessità di convocazione dinanzi al curatore ed anche prima della elezione del suo presidente”*; all'art. 95 terzo comma è stato aggiunto il seguente periodo: *“In relazione al numero dei creditori e alla entità del passivo, il giudice delegato può stabilire che l'udienza sia svolta in via telematica con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione dei creditori, anche utilizzando le strutture informatiche messe a disposizione della procedura da soggetti terzi*; all'art. 104 ter, decimo comma, in fine è stato inserito il seguente periodo: *E' altresì giusta causa di revoca, in presenza di somme disponibili per la ripartizione, il mancato rispetto dell'obbligo di cui all'articolo 110 primo comma* ; all'art. 110 sono stati aggiunti i seguenti periodi , al primo comma : *Nel caso in cui siano in corso giudizi di cui all'art.*

legislazione concorsuale è stata innovata con significativi istituti, quali le proposte e le offerte concorrenti di cui agli artt. 163 e 163 bis , gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzioni di moratoria di cui all'art. 182 septies<sup>12</sup>. Innesti

---

*98, il curatore, nel progetto di ripartizione di cui al presente comma, indica, per ciascun creditore, le somme immediatamente ripartibili nonché le somme ripartibili soltanto previo rilascio in favore della procedura di una fideiussione autonoma, irrevocabile e a prima richiesta, rilasciata da uno dei soggetti di cui all'art. 574, primo comma, secondo periodo, del codice di procedura civile, idonea a garantire la restituzione alla procedura delle somme che risultino ripartite in eccesso, anche in forza di provvedimenti provvisoriamente esecutivi resi nell'ambito dei giudizi di cui all'art. 98, oltre agli interessi, al tasso applicato dalla Banca centrale europea alle sue più recenti operazioni di rifinanziamento principali, a decorrere dal pagamento e sino all'effettiva restituzione. Le disposizioni del periodo precedente si applicano anche ai creditori che avrebbero diritto alla ripartizione delle somme ricavate nel caso in cui risulti insussistente, in tutto o in parte, il credito avente diritto all'accantonamento ovvero oggetto di controversia a norma dell'art. 98. Ed al quarto comma : non si fa luogo ad accantonamento qualora sia presentata in favore della procedura una fideiussione a norma del terzo periodo del primo comma, idonea a garantire la restituzione di somme che, in forza del provvedimento che decide il reclamo, risultino ripartite in eccesso, oltre agli interessi nella misura prevista dal predetto terzo periodo del primo comma. Il provvedimento che decide sul reclamo dispone in ordine alla destinazione delle somme accantonate. All' art. 163, secondo comma, dopo il n. 2) è stato aggiunto il seguente: "2-bis) in relazione al numero dei creditori e alla entità del passivo, può stabilire che l'adunanza sia svolta in via telematica con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione dei creditori, anche utilizzando le strutture informatiche messe a disposizione della procedura da soggetti terzi. All'art. 175 comma secondo è stato inserito in fine il seguente periodo:*

*Quando il tribunale ha disposto che l'adunanza sia svolta in via telematica, la discussione sulla proposta del debitore e sulle eventuali proposte concorrenti e' disciplinata con decreto, non soggetto a reclamo, reso dal giudice delegato almeno dieci giorni prima dell'adunanza. Tante sono state le modifiche che si sono susseguite nel nostro sistema concorsuale è stato paragonato in sede di audizione parlamentare dal Presidente della Corte d'appello di Roma, Dr. Luciano Panzani, ad " vestito di Arlecchino con tante pezze [http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/stenografici/html/02/indag/c02\\_fallimentare/2015/07/06/indice\\_stenografico.0001.html](http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/stenografici/html/02/indag/c02_fallimentare/2015/07/06/indice_stenografico.0001.html).*

<sup>11</sup> È d'obbligo sottolineare che l'11 febbraio del 2016 dal CDM è stato approvato uno schema di disegno di legge delega predisposto dalla Commissione presieduta da Renato RORDORF. Sul sito [www.IlCaso.it](http://www.IlCaso.it) è consultabile sia lo schema di disegno di legge delega approvato dal consiglio dei Ministri, sia la relazione allo schema di disegno di legge delega a firma del Presidente della Commissione, Renato Rordorf.

<sup>12</sup> Le riforme del 2005 e del 2006 ci hanno consegnato un sistema in cui ai creditori vengono assegnate funzioni che ne ridisegnano il ruolo in chiave diversa rispetto al passato, tanto che alcuni Autori, interrogandosi sul perché il nuovo impianto avesse deluso le aspettative, non hanno esitato a ritenerli corresponsabili insieme al debitore per non aver adeguatamente colto le opportunità incentivanti che la riforma aveva a loro consegnato. Sul punto Cfr. FABIANI IORIO. Nello stesso senso, ma in una diversa chiave di lettura, si veda A. PATTI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?*, in *Il Fall.*, 2013, p.1100, laddove affronta il tema, in punto di continuità aziendale, di una moderna concezione dinamica della responsabilità

questi che si collocano, come anche i precedenti, tutti all'interno della cornice normativa del 1942, sicché oggi nell'attesa che il Parlamento promulghi la tanta attesa riforma organica delle procedure concorsuali, gli operatori si trovano ad aver a che fare con un corpo normativo in cui convivono diverse per non dire anche contrapposte anime ed in cui il tecnicismo e la raffinatezza giuridica vengono obliterate per assecondare interessi di parte col risultato, peraltro sotto gli occhi di tutti, di concorrere a determinare una profonda incertezza nella soluzione dei casi pratici che sicuramente non giova allo sviluppo della nostra economia, non avvicinano i tanti attesi capitali stranieri ad investire nel nostro paese, per non dire, per ultimo, dell'effetto *boomerang*, ritorcendosi anche a danno del nostro sistema giustizia<sup>13</sup>, costretto a rincorrere, nei diversi gradi quella uniforme interpretazione del dato normativo difficile se non impossibile da realizzarsi proprio a causa della mancanza di unica *ratio* ispiratrice dei continui cambiamenti alla legge fallimentare<sup>14</sup>.

---

*patrimoniale incentrata sulla gestione produttiva, per cui i creditori paiono maggiormente consapevoli del rischio di impresa, così legittimandosi a governarla.*

<sup>13</sup> È stato accertato, Fonte *Il SOLE 24 Ore*, 18 luglio 2016, che per la soluzione di una causa c.d. di "contenzioso puro" nel nostro paese, occorre una media di 1.007 giorni solo per il primo grado. Dove per "contenzioso puro" si intendono le cause esclusivamente contenziose, vale a dire con esclusione di quelle relative alle esecuzioni e dai fallimenti. Penso però che l'apertura di un fallimento nel nostro paese, in cui è abbastanza raro che il debitore "lasci" qualcosa per i creditori, determina una spirale che porta inevitabilmente ad instaurare contenziosi finalizzati ad incrementare l'attivo distribuibile sicché tra fallimenti e contenziosi viene ad instaurarsi un rapporto-diretto passato non inosservato al legislatore del 2015, laddove con l'art. 7 del D.L. n.83/15 ha innovato non solo l'art. 43, aggiungendo un IV comma all'art. 42, istitutiva di una c.d. "corsia preferenziale" per le cause in cui è parte un fallimento, ma anche un V comma all'art. 120, che prevede casi di chiusura della procedura in pendenza di procedimenti. Per gli approfondimenti e critiche sollevate dall'introduzione nel nostro sistema della chiusura anticipata della procedura si rinvia a M. SPADARO, AA.VV. *La nuova riforma del diritto concorsuale op. cit.*, p. 79; F. SANTANGELI, *La chiusura del fallimento ed i giudizi pendenti*, in *La nuova legge fallimentare*, op. cit., p.70; M. MONTANARI, *La recente riforma della normativa in materia di chiusura del fallimento*; dello stesso A., *ancora sulla chiusura anticipata del fallimento in pendenza di giudizi*; entrambi su *IlCaso*, 2015 e 2016. Si condividono pienamente l'elenco di criticità messe a nudo da P. VELLA, *op.cit.*, p.5 e segg., riassumibili in punto di mancanza di a) di stabilità del sistema; b) certezza del diritto; c) di semplificazione delle regole.

<sup>14</sup> In questo senso F. SANTANGELI, *op. cit.*, dove l'A. stigmatizza la mancanza di un disegno complessivo "...anzi peggio; il disegno complessivo alla base della disciplina per come modificata nella stagione 2005 – 2006 è stato definitivamente stravolto senza lasciare nulla a posto, se non macerie; e così nuovi elementi, anche interessanti, si affastellano confusamente all'interno di una

## 2. LE PROPOSTE CONCORRENTI: LE RAGIONI DI UN NUOVO ISTITUTO.

L'introduzione nel nostro impianto concorsuale delle proposte concorrenti<sup>15</sup> ad opera dell'art. 3 del D.L. n. 83 del 2015<sup>16</sup> sconta a ben vedere una sistemica

---

*disciplina già frammentaria ed incerta". Ed ancora: "questa confusione di fondo, è di per sé dimostrazione della sconfitta della passata e presente stagione delle riforme; il dubbio degli operatori su tante, troppe questioni fondamentali rende ancora più arduo il già complicato lavoro di chi si confronta con una realtà già difficile per definizione, le crisi irreversibili o no, del mondo del lavoro e degli affari. Si veda anche P. VELLA, op. cit., p. 4 ove così si legge: " il prezzo ora pagato dagli operatori ed utenti del sistema concorsuale è una ulteriore iniezione di instabilità ed incertezza in un panorama che aveva già visto faticosamente sedimentare, nel corso di due lustri – e tra plurime correzioni di rotta – la spinta riformatrice fortemente innovativa contenuta in nuce nel decreto legge 14 marzo 2005, n.35, convertito dalla legge 14 maggio 2005, n.80, e poi sistematizzata con il decreto legislativo 12 settembre 2007, n.169; per non enumerare le ulteriori modifiche normative succedutesi da allora ad oggi, con frequenza talvolta addirittura infrannuale ". Nella stesso senso, ma in chiave, più pacata si è espresso anche L. PANZANI, op. cit., p.3112, ove nella sintesi conclusiva ha affermato che "il giudizio che si può dare di questi interventi è complessivamente positivo, anche se non si può ignorare che si è nuovamente trattato di interventi episodici, al di fuori di un piano complessivo, in parziale contraddizione con le linee della riforma del 2005 -2006 e senza attendere i risultati del lavoro di revisione organica della materia affidato alla commissione Rordorf ".*

<sup>15</sup> Con la riforma del 2006 i terzi hanno visto ridisegnare il loro ruolo propositivo all'interno però della cornice delineata dall'insolvenza. Si prenda il comma VIII dell'art. 15 della L.F. il quale autorizza " la parte " a chiedere provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio, provvedimenti che però hanno efficacia limitata alla durata del procedimento e che vengono confermati o revocati dalla sentenza che dichiara il fallimento, ovvero revocati con il decreto che rigetta l'istanza, a dimostrazione che la concessione della misura cautelare è complementare ad una decisione sulla sussistenza della insolvenza. Oppure si consideri la legittimazione concorrente attribuita ai "... terzi " nel porre una proposta di concordato fallimentare ex art. 124 comma I L.F. Con la riforma del 2015 si è andato ben oltre in quanto al terzo è stato attribuito il diritto di intervenire in una fase in cui l'insolvenza non ancora trova il proprio suggello formale. La correlazione esistente tra la proposta del terzo e stato di insolvenza si riflette inevitabilmente sul tema relativo alla rinuncia della domanda posta dal debitore in quanto all'indomani della riforma del 2015 alcuni autorevoli studiosi hanno ritenuto che la rinuncia del debitore espliciti i propri effetti sulla proposta posta dal terzo. Cfr. M. FABIANI, " L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche", in *IlCaso.it*; S. AMBROSINI, *La disciplina della domanda di concordato preventivo nella "miniriforma" del 2015*, in *IlCaso.it*. In senso contrario L. VAROTTI, *Appunti veloci sulla riforma del 2015 della legge fallimentare*, in *IlCaso.it*, 2015; A. RIMATO, *Proposte concorrenti*, op. cit., p. 11; siffatto ultimo indirizzo ha trovato conferma nella circolare operativa n. 2/16 del Tribunale di Bergamo del 3 marzo del 2016, consultabile su *IlCaso.it*, 2016. Proposte ed offerte concorrenti condividono entrambi la presenza di un terzo nella scena dell'insolvenza ed entrambi sono accumulati dall'idea di riservare al mercato la soluzione del dissesto. Per quanto i due istituti possano apparire distanti l'uno dall'altro ad un attento esame sono diversi, per diritto positivo, gli

insoddisfazione della nostra Legge Fallimentare, così come riformata negli anni 2005 e 2006. Ad un certo punto, in particolare modo dopo il gennaio del 2013, ci si è resi conto che quel nuovo ordine di regole ha deluso le aspettative in quanto della libertà che ne costituiva l'essenza, se ne era fortemente abusata<sup>17</sup>, sicché occorreva correre ai ripari. La

---

elementi di intersezione (quanto ai doveri informativi nei riguardi dei terzi a cui è onerato il commissario, il IV comma dell'art. 165 equipara le proposte alle offerte concorrenti). In fondo proposta ed offerta sono termini che si equivalgono in quanto chi propone altro non fa che offrire una certa soluzione alla crisi di impresa. Di ciò se né è mostrato consapevole anche lo stesso legislatore in quanto ha disciplinato le offerte concorrenti non in un articolo a sé con numerazione successiva alla precedente, ma ha conservato la precedente numerazione di cui alle proposte concorrenti, limitandosi ad aggiungere solo un'estensione all'art. 163, il "bis", a dimostrazione della complementarità delle discipline. D'altra parte se il terzo ha piena libertà nel confezionare il piano e la correlativa proposta nel modo più conveniente per i creditori, nulla esclude che il terzo proponga un piano preconfezionato, sicché è su questa proposta che dovrà aprirsi la competizione regolamentata dall'art. 163 bis L.F. Sul punto P.VELLA, *op. cit.* p. 29, M. RATTI, *op. cit.*, p.110 ; sul tema anche A. LA MALFA, *Le offerte concorrenti*, in *www.osservatorio-oci-org*.

<sup>16</sup> L'art. 3 del D.L. n. 83 del 2015 ha innovato la rubrica dell'art. 163 con l'introduzione del sintagma "proposte concorrenti" che va ad accostarsi accanto alla originaria formulazione costituita dall'"ammissione alla procedura", sicché per logica coerenza dovrebbe supporre che le proposte concorrenti da parte di terzi non sarebbero proponibili e ammissibili prima dell'emissione da parte del Tribunale del decreto di cui al primo comma dell'art. 163. In realtà dalla lettura della norma nel suo complesso si desume come siffatto ancoraggio formale non attiene al decreto di ammissione, ma riguarda esclusivamente la relazione redatta dal professionista attestatore di cui all'art. 161 terzo comma della L.F. che il debitore è tenuto a depositare, unitamente agli altri atti e documenti di cui alle lettere a), b), c), d), e) indicati nel secondo comma dell'art. 161 nel momento del deposito del ricorso in cui chiede di essere ammesso alla procedura. Sicché il *dies a quo* per il deposito della proposta concorrente coincide con la pubblicazione da parte del cancelliere nel registro delle imprese – che deve avvenire il giorno successivo al deposito - della domanda di concordato giusto il disposto di cui al V comma dell'art. 161. Cfr. A. RIMATO, *Proposte concorrenti*, *op. cit.*, p. 8.

<sup>17</sup> Tribunale di Padova del 6 marzo 2014, in *Giur. Comm.* 2015, II, 843; Tribunale di Roma del 16.04.2008, con la quale era stata dichiarato inammissibile una proposta di concordato preventivo che prevedeva la soddisfazione dei chirografari nella misura dello 0,0003% con nota adesiva di MACARIO, in *Nuovo concordato preventivo e (antiche) tecniche di controllo degli atti di autonomia: l'inammissibilità della proposta per mancanza di causa*, in *Banca, borsa 2008, II*, 73, anche in *Dir. fall.*, 2008, II, p. 551; Tribunale di Bergamo, 4 dicembre 2014, in *Giur. comm.*, 2015, II, p.832 ; nonché S. AMBROSINI, *Il controllo giudiziale sull'ammissibilità della domanda di concordato preventivo e sulla formazione delle classi*, in *Dir. Fall.*, 2010, I, p.559; A. RACUGNO, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione e transazione fiscale. Profili di diritto sostanziale*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da BUONOCORE e BASSI, I, p. 500. Contra M. FABIANI secondo il quale "la proposta che preveda una irrisoria soddisfazione, purché formulata a tutti i creditori, è da reputare ammissibile al lume del contenuto dell'art. 160 legge fall. che non esprime alcun numero". Ed è proprio da questi confronti che è scaturita quel *fil rouge* che ha portato le SS.UU. della Cassazione ad affrontare la tematica con la decisione n. 1521 del gennaio del 2013. Negli stessi termini P. VELLA, *op. cit.*, p. 5.

decisione n.1521 della Suprema Corte a S.U. ha svelato più verità e tra queste ha anche contribuito a porre le basi per una ennesima riforma, arrivata poi nel giugno del 2015<sup>18</sup>. Quando gli ermellini hanno affermato *“che il concordato esaurisce la sua funzione nella realizzabilità in concreto della propria causa consistente nella regolazione della crisi e nella soddisfazione almeno parziale dei creditori chirografari nel rispetto dei termini di adempimento previsti da piano, esulando dall’A.G. un controllo sulla misura di soddisfacimento percentuale”*, hanno detto in fondo che ci sono dei limiti insormontabili in quanto le riforme che si sono susseguite a partire dal 2005 di certo non consentono di andare oltre in termini di misurazione dell’indice di soddisfacimento dei chirografari<sup>19</sup>. Si è avvertito quindi il bisogno di porre rimedio a quella insoddisfazione e la soluzione la si è trovata ancora una volta nel mettere mano ad un nuovo formante legislativo<sup>20</sup>: da qui le ispirazioni che hanno animato il D.L. n. 83 del giugno del 2015. L’art. 4 del predetto decreto, innovando l’art. 161 al comma II, lettera e, con l’aggiunta: *“in ogni caso, la proposta deve indicare l’utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore”*, risponde proprio a quel bisogno di maggior soddisfacimento dei creditori oggettivamente

---

<sup>18</sup> Cfr. S. AMBROSINI, secondo il quale con la riforma del 2015 non si è avuto *nessun revirement del legislatore, dunque, ma solo alcune significative “correzioni di rotta”*, in *la disciplina della domanda di concordato preventivo nella “miniriforma” del 2015*, in *IlCaso.it*, 2015.

<sup>19</sup> M. ARATO, *La domanda di concordato preventivo*, in *Crisi d’impresa*, op. cit., p. 3452 ove si legge come la *“soddisfazione dei crediti rappresenta dunque la concreta modalità di adempimento del debito ristrutturato”*; M. FERRO, *Art. 160 presupposti per l’ammissione alla procedura*, in *La Legge fallimentare*, Milano, 2014; M. FABIANI, *Il fallimento e concordato preventivo*, op. cit., p. 239.

<sup>20</sup> Secondo G. MARIA FLICK molte volte alcune norme abbisognano soltanto di piccoli aggiustamenti e non di integrali riforme, così nella relazione al Convegno *“Legalità prevenzione della corruzione, giurisdizionalizzazione. Il ruolo delle professioni indipendenti per la crescita economica ed il sostegno alle imprese”* tenutosi presso l’Università degli Studi dell’Aquila il 3 maggio del 2016, relazione consultata per gentile concessione dell’A. In ambito concorsuale le medesime considerazioni vengono svolte da G. LO CASCIO, *Crisi delle imprese, attualità normative e tramonto della tutela concorsuale*, in *Il Fall.*, 2013, p. 5. Secondo A.A. DOLMETTA, op. cit., p.395 il nostro sistema avrebbe bisogno di *riforme pensate bene e scritte meglio: scritte, come dire, complete e una volta per tutte. Nell’oggi, a quanto pare, solo un’illusione*. Né andrebbe sottovalutato il pensiero espresso da M. FABIANI, *L’ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazione ideologiche*, in *IlCaso*, 2015, secondo cui *“le plurime modifiche della legge fallimentare rappresentano un costo per l’economia di gran lunga superiore ai benefici che si assume possano ricavarne”*.

apprezzabile in termini economici che non si risolve necessariamente in un pagamento<sup>21</sup>. Insomma tra utilità economicamente valutabile e pagamento corre un rapporto di genere a specie in quanto il pagamento soddisfa sempre quell' utilità, ma quell'utilità - purché misurabile sulla base di riconosciuti ed apprezzati indici economici - non viene sempre soddisfatta da un pagamento. L'innesto, da intendersi quindi quale ulteriore condizione di ammissibilità della proposta <sup>22</sup>, seppur di rilevante impatto pratico, non scalfiva però la *ratio* di fondo del nostro sistema così come riformato e ben si armonizzava anche con i principi elaborati dalla Cassazione. Ed è proprio in questo contesto che sono state elaborate le regole che sottendono al nuovo istituto delle proposte concorrenti introdotte dal D.L. n. 83 del 2015. Nella sua versione originaria le proposte concorrenti erano ammissibili alla condizione che il debitore non fosse in grado di assicurare il “*pagamento ancorché dilazionato di almeno il 40% dell'ammontare dei crediti chirografari*”. Fu poi in sede di conversione che il Parlamento, obbedendo ad altre logiche, diede un volto nuovo a quello che ora è l'attuale formulazione del V comma dell'art. 163 L.F. sicché se il debitore

---

<sup>21</sup> G. N. NARDO, *Nuovi presupposti*, op. cit., p.97; Cfr. P. VELLA, op. cit., p.10, laddove così si legge: “Una sorta di “*polarità inversa*” si registra anche nel ruolo svolto dai due principali protagonisti dell'universo concorsuale: se infatti per il debitore si è assistito all'evoluzione da una concezione prettamente soggettiva (l'imprenditore) ad una concezione prevalentemente oggettiva (l'impresa) – come il trend legislativo verso il concordato con continuità aziendale e l'ultima frontiera della contendibilità dell'impresa inequivocabilmente attestato – per i creditori si sta assistendo invece ad un processo inverso, in cui dalla prospettiva oggettiva (il credito), si punta ad una visione soggettiva (il creditore) come testimonia il sempre più frequente ricorso ai principi della soddisfazione e della utilità per i creditori, sino a rendere concepibile l'idea della c.d. ZeroKlass, in cui – anche qui nel terreno di elezione del concordato con continuità aziendale – il credito in sé non è soddisfatto con il pagamento (sia pur falciato) e tuttavia il creditore è “soddisfatto” da altre utilità come – tipicamente – la possibilità di continuare a fornire i propri beni all'impresa debitrice. In senso positivo al riconoscimento anche nel nostro ordinamento dei creditori – al pari di quello tedesco - a classe zero ai quali non viene offerto alcun pagamento, ma solo utilità si è espresso G. BOZZA, *Brevi considerazioni su alcune norme dell'ultima riforma*, in *Fallimentiesocietà.it*, 2016, p.11, come pure R. GUIDOTTI, *Miniriforma (D.L. 27.6.2015, n.83): le modifiche alla disciplina del fallimento e le disposizioni dettate in tema di proposte concorrenti*, in *IlCaso.it*, 2015; S. AMBROSINI, op. cit., p. 19, si esprime in forma dubitativa, come pure Studio VERNA, *La mini riforma della legge fallimentare*, Rimini, 2015, p. 47; A. JORIO, in op. cit., p. 12, esclude l'ammissibilità delle zeroklass.

<sup>22</sup> M. FABIANI, *I nuovi vincoli alla proposta*, cit., p. 584; G.N. NARDO, *Nuovi presupposti per l'ammissione*, cit., p. 99. In giurisprudenza Tribunale di Pistoia, 29.10.2015 in *IlCaso.it*.

intende evitare la competizione sulla propria impresa, deve proporre<sup>23</sup> alla platea dei chirografari non una qualunque utilità, ma quella che deriva da un pagamento in percentuale prefissata dal Legislatore nella misura del 40% o del 30% nel caso in cui il debitore opti per rimanere alla guida della propria impresa attraverso un piano che si basi sulla continuità aziendale<sup>24</sup>. Il chiaro messaggio inviato dal Legislatore è quello di aprire una competizione sulle imprese in crisi (*rectius*: insolventi) così da indurre il debitore che intende evitarla ad una gestione accorta della propria attività<sup>25</sup> che tenga conto anche dei variegati strumenti alternativi che la Legge oggi gli consegna<sup>26</sup>. Le proposte concorrenti seppur si collocano a monte dell'iter concordatario in quanto suppongono la presentazione di un piano da parte del debitore, di fatto mirano ad organizzare una nuova forma di liquidazione che potrebbe addirittura prevedere, nel caso in cui il debitore assuma la veste di società per azioni o a responsabilità limitata, l'espropriazione dei correlativi titoli di partecipazione al capitale sociale<sup>27</sup> facendo ricorso all'aumento del

---

<sup>23</sup> Per mano del medesimo professionista attestatore di cui al comma III dell'art. 161. Sarà chiara la sua responsabilità penale ex art. 236 bis L.F. in cui dichiarare il falso ed è anche normale che il terzo potrà sempre contestare la relazione del debitore, sicché il Tribunale dovrà necessariamente avvalersi di una CTU in punto di ammissione delle proposte concorrenti.

<sup>24</sup> Il tema relativo alla sussistenza del presupposto oggettivo ha attirato subito l'attenzione dei primi commentatori sul punto si rinvia a G. D'ATTORE, *op. cit.*, p. 1167; A. RIMATO, *Proposte concorrenti e mercati*, cit.; Mi pare che la lettera della legge sul punto non possa essere obliterata sicché le proposte concorrenti saranno ammissibili anche nel caso in cui il debitore non proponga un pagamento nella precisa accezione civilistica del termine di cui agli artt. 1277 e segg. del c.c. La conferma che anche il legislatore del 2015 abbia mantenuto la distinzione tra pagamento e le altre modalità soddisfattive del credito la si rinviene nella innovazione apportata dall'art. 4 del D.L. n.83/15 alla lett. e di cui al II comma dell'art. 161 laddove si prevede con disposizione di carattere generale l'obbligo del debitore di indicare nella propria proposta "l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile" dove per "economicamente valutabile" deve intendersi la misurazione dell'indice di soddisfacimento del creditore con criteri economici oggettivi ed apprezzabili e come tali riconoscibili dai terzi. Nello stesso senso M. FABIANI, *I nuovi vincoli alla proposta*, cit., p.576.

<sup>25</sup> Cfr. M. SANDULLI, *I controlli delle società come strumenti tempestivi di rilevazione della crisi d'impresa*, in *Il Fall.* 2009, p. 1100.

<sup>26</sup> Cfr. R. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi*, in *Società*, 2013, p.567; R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. Comm.*, 2014, I, p. 304;

<sup>27</sup> I riflessi di siffatta nuova forma espropriativa sia sul versante concorsuale che su quello tipicamente societario non sono di poco conto. Sotto il primo aspetto, va tenuto conto, che le c.d. *determine*, salvo una diversa previsione statutaria, vengono deliberate, per le società che non siano a base personale, dai

capitale con l'esclusione o limitazione del diritto di opzione. Si intuisce quindi come la riforma del 2015 abbia consegnato ai creditori un potere forte quale quello di espropriare l'azienda o addirittura l'imprenditore stesso dalla guida della propria impresa alla precisa condizione però che il debitore versi non in uno stato di crisi, ma in quel più grave di insolvenza. Mi sembra che il sistema così come congegnato in punto di ammissibilità delle proposte concorrenti rimanga entro il perimetro delle regole costituzionali in quanto se il debitore non è in grado di assicurare un pagamento nella percentuale prevista del quaranta o del trenta per cento è evidente che di certo non si trova in stato di crisi, ma sia “*bellamente*” insolvente<sup>28</sup>. A questa compatibilità con le regole costituzionali fa da sponda una grave incoerenza con le regole di cui alla V Raccomandazione della Commissione Europea del 12 marzo del 2014 in quanto qui si concede all'imprenditore fallito una seconda opportunità. Se in ambito europeo si è più tolleranti, in quanto si dice che l'imprenditore che ha sbagliato una volta, fa tesoro dei propri errori e difficilmente sbaglierà una seconda volta, in Italia, al primo errore, l'imprenditore non viene affatto perdonato col rischio di trovare altri alla guida della propria impresa.

Il nostro Legislatore, delegato dunque in sede di riforma organica delle procedure concorsuali, dovrà farsi carico di colmare questa grave incoerenza. Se questa è la cornice normativa in atto, si tratta ora di valutare l'interesse dei principali protagonisti della crisi ad accedere alla procedura e di questo ci occuperemo nei successivi paragrafi.

## **2.1. L'INTERESSE DEL DEBITORE AD ENTRARE IN PROCEDURA NELL'ATTUALE CONTESTO NORMATIVO**

---

solli amministratori; sul versante societario non appaiono del tutto chiare le modalità di attuazione dell'aumento del capitale sociale. Per adeguati approfondimenti si rinvia a G. D'ATTORRE, *Le proposte di concordato*, cit., in *Il Fall. n.11/2015*, p.1168; P. VELLA, *op. cit.*, p. 13, anche per i riferimenti di diritto comparato.

<sup>28</sup> Termine questo utilizzato da M. FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie ed incerte contaminazioni ideologiche*, in *IlCaso.it*, 2015; stesso pensiero viene condiviso da G. D'ATTORRE, *op. cit.*, p. 1165.

In precedenza, si era sottolineata l'importanza di tener distinti i principi sottostanti al Decreto Legge n. 83 del 2015<sup>29</sup> dagli interessi particolari che hanno avuto la meglio in sede parlamentare caratterizzando la Legge di conversione, tant'è che subito, condivisibilmente, si sono alzate in dottrina voci di dubbia legittimità costituzionale per violazione delle regole fatte proprie dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 22 del 2012<sup>30</sup>. Il D.L. n. 83 del 2015 intervenne come abbiamo visto sull'art. 161 della L.F., segnatamente sul secondo comma lett. "e"<sup>31</sup>, ma non sull'art. 160 che venne lasciato inalterato. Fu in sede di conversione che il Parlamento sulla spinta di riconosciuti interessi di classe<sup>32</sup> inserì un quarto comma all'art. 160, dando vita ad una ulteriore condizione di ammissibilità ancorata al "*dover assicurare un pagamento*" in numerario ben determinato: il "*venti per cento*"<sup>33</sup>. Da tempo siamo avvezzi ad un pressapochismo nelle tecniche di redazione dei testi normativi ed il non aver adeguatamente ponderato i riflessi che l'inserzione "*in piena zona cesarini*" della locuzione "*pagamento*" ha determinato nel sistema ha prodotto più danni che mali ai quali si intendeva rimediare. Recita il quarto comma

---

<sup>29</sup> Si rinvia alla nota 1. I principi di fondo che hanno ispirato le norme di cui al decreto legge n.83 del 2015, per quel che qui interessa, sono racchiusi nel preambolo ove si legge "*ritenuta la straordinaria necessità ed urgenza di rafforzare le disposizioni sull'erogazione della 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*".

<sup>30</sup> Cfr. nota 1.

<sup>31</sup> Cfr. L. A. BOTTAI, *op. cit.*, p.110;

<sup>32</sup> Cfr. S. AMBROSINI, *La disciplina della domanda di concordato preventivo nella "miniriforma" del 2015*, in *IlCaso.it*, Id., *op. cit.*, p.2. A. JORIO, *op. cit.* (introduzione); M. FABIANI, *I nuovi vincoli*, cit., p. 575.

<sup>33</sup> G.N. NARDO, *Nuovi presupposti*, cit., p. 98, secondo il quale "*è evidente come la scelta rappresenti un ripensamento della precedente impostazione più liberista che nelle ultime valutazioni del legislatore non poteva essere ulteriormente incoraggiata recependosi quel generale fastidio, soprattutto della giurisprudenza, di fronte ad offerte di pagamento dei creditori chirografari in percentuali del tutto irrisorie se non al limite dell'abuso del diritto*". L'introduzione in sede di conversione di un IV comma all'art. 160 L.F. ha creato non pochi problemi esegetici ai giudici chiamati alle prime applicazioni. Si veda in proposito Tribunale di Ravenna del 27.11.2015 e Tribunale di Pistoia del 29.10.2016 entrambi consultabili su *IlCaso.it*; Tribunale di Firenze 8 gennaio del 2016, Tribunale di Siracusa 23 dicembre 2015 entrambi, con commento di M. FABIANI, *op. cit.*, in *Il Fall.*, 2016, p.569 e segg. Da ultimo si veda Tribunale di Treviso 13 maggio del 2016 su *www.Fallimentiesocieta.it* 2016.

dell'art. 160 nella sua versione definitiva: *“In ogni caso la proposta di concordato deve assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell’ammontare dei crediti chirografari. La disposizione di cui al presente comma non si applica al concordato con continuità aziendale di cui all’art. 186 bis”*. La proposizione nel suo complesso appare densa di significati, di certo l’ispirazione di fondo che traspare è quella di favorire le ristrutturazioni attraverso le continuità aziendali. Ma in sede di redazione non si è tenuto conto della clausola di salvaguardia di cui all’art. 186 bis comma II *“del miglior soddisfacimento dei creditori rispetto all’alternativa fallimentare”* sicché la proposta che si fonda su un piano di continuità aziendale per essere ammissibile deve sempre prevedere un pagamento al minimo del venti per cento a favore dei chirografari, fatte salve le ulteriori ed incrementative modalità soddisfattive dei creditori che lo rendono preferibile rispetto alla liquidazione fallimentare: si badi però, non in assoluto.

E’ stato messo subito in rilievo<sup>34</sup> il principio secondo il quale *“il concordato con piano in continuità non è, né deve essere un’amministrazione straordinaria concordata”*. E’ sul terreno della funzionalizzazione dei due istituti che vanno ancorate le dovute distinzioni, vero è che il concordato con piano di continuità aziendale è, e rimane, uno strumento finalizzato a risolvere la crisi nel modo migliore per i creditori rispetto all’alternativa fallimentare<sup>35</sup>.

La clausola di salvaguardia di cui al secondo comma lett. *“b”* dell’art. 186bis è emblematica sul punto. In tesi nel concordato con piano di continuità aziendale il debitore, può se vuole, anche evitare di proporre un pagamento, ma poiché di certo non intende abdicare la gestione della propria impresa si determinerà nell’assicurare ai creditori un pagamento nella misura del trenta per cento. Ed è proprio in questa mutata cornice normativa tutta protesa ad incentivare la continuità aziendale che va valutata la persistenza dell’interesse del debitore ad accedere alla procedura. Se il sistema non pare per nulla incentivare il debitore a proporre un concordato meramente liquidatorio, ben consapevole che dovrà assicurare un pagamento in una percentuale prefissata e col rischio, per giunta,

---

<sup>34</sup> M. FABIANI, *I nuovi vincoli*, cit., p. 576.

<sup>35</sup> Cfr. M. FABIANI, *Il fallimento e concordato preventivo art. 2221*, cit., p. 49. Sui rapporti tra concordato preventivo e fallimento si veda Cass. SS.UU. n. 9935/2015 su *Il Fallimento*, 2015, p. 898 con commenti di I. PAGNI e F. DE SANTIS.

una volta superato il primo scoglio, ma non quello di cui al quaranta per cento, che altri gestiscano la propria attività o peggio ancora si impadroniscano della propria impresa, le medesime considerazioni mi pare si frappongono alla proposizione di una proposta che si basi su un piano con continuità od a prevalente continuità aziendale, dal momento che siffatta modalità di soluzione della crisi, potrà essere messo nel nulla dalla proposta avanzata da un terzo, che poggi su un piano anche solo liquidatorio, che assicuri una percentuale maggiore di soddisfacimento dei chirografari<sup>36</sup>.

Le nuove regole quindi non incentivano affatto, per usare la stessa terminologia del Legislatore dell'emergenza, *“condotte virtuose dei debitori in difficoltà”* ma, al contrario, propendono al *moral hazard*<sup>37</sup>, di ulteriore dilapidazione delle residue risorse a danno dei creditori e dell'intera comunità<sup>38</sup>. Si avranno in definitiva più fallimenti che andranno inevitabilmente ad ingessare la già congestionata macchina della giustizia del nostro Paese. Danni ulteriori quindi non solo per i creditori, ma anche per la collettività tutta.

## 2.2. L'INTERESSE DEL TERZO ANCHE CREDITORE ALLA PROPOSIZIONE DELLA PROPOSTA CONCORRENTE.

---

<sup>36</sup> Le finalità che inducono un terzo a presentare una domanda concorrente possono essere le più disparate tra le quali anche quella di eliminare un concorrente dal mercato. Le medesime considerazioni negative vengono svolte da G. IMPAGNATIELLO, in *La nuova legge fallimentare*, Milano, 2016, p.148 e segg. ove l'A. così conclude *“forse sarebbe stato preferibile circoscrivere la facoltà dei creditori di elaborare proposte concorrenti unicamente nei casi nei quali la proposta del debitore abbia natura latu sensu liquidatoria, posto che solo in questi casi il debitore ha manifestato una chiara volontà di dismettere l'impresa ed è perciò pienamente giustificata l'attribuzione ai creditori del potere di interloquire dinamicamente sul quomodo di tale dismissione”*.

<sup>37</sup> Cfr P. AGSTENER, *Gli azzardi morali dei soci nelle srl in crisi*, in *Società, banche e crisi di impresa*, diretto da M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, F. Guerrera, A. Sciarrone Alibrandi, Milano, 2014, Vol. III, p. 2477.

<sup>38</sup> Sulla stessa linea appare orientata P. VELLA, *op. cit.*, p.31, laddove afferma *“l'apertura alla proposta concorrente rischia di deresponsabilizzare il debitore, se non addirittura indurlo a condotte emulative ed ostruzionistiche, la cui previsione potrebbe dissuadere ex ante il creditore dal farsi promotore di una proposta alternativa”*.

Nei paragrafi precedenti si è posto l'accento dapprima, sulle idealità di fondo che hanno caratterizzato l'ingresso nel nostro ordinamento concorsuale delle proposte concorrenti, successivamente si è vagliata la sussistenza nel concreto dell'interesse *ex lato debitoris* ad entrare in procedura; si tratta ora di chiudere il cerchio, approfondendo l'indagine da un diverso cono visivo, quello del terzo anche creditore<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> Volutamente nel testo abbiamo adoperato l'avverbio *anche* per sottolineare l'interesse del legislatore alla creazione pure nel nostro paese di un mercato dei crediti deteriorati; depongono in tal senso i vantaggi competitivi in termini di minori costi di cui alla relazione ex III comma dell'art. 163 L.F. *“ che 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 ”*; nonché l'incentivo alle c.d. *“ cordate tra imprenditori ”* giusto il rilievo di cui al comma V dell'art. 163 L.F. il quale prevede che *“ la proposta può prevedere l'intervento di terzi ”*, con l'unica limitazione soggettiva costituita dal richiamo all'art. 165 L.F. riguardo *“ al divieto di cui all'art. 124, comma I, ultimo periodo ”* che, come sappiamo, pone un impedimento a porre domande di concordato fallimentare nei riguardi di chi sia legato al debitore da rapporti di colleganza o di controllo, giusta la definizione di cui all'art. 2359 c.c. . La normativa a ben vedere sul punto non appare coerente, prestandosi a qualche dubbio interpretativo in quanto la norma istitutiva ( il V comma dell'art. 163 ) laddove detta la regola 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 ”* sembrerebbe, al contrario, ammettere una legittimazione di queste società alla proposizione delle proposte concorrenti alla sola condizione di non tener conto, per il calcolo della percentuale del dieci per cento, dell'entità dei propri crediti. Riprova del favor del legislatore del 2015 verso l'istituto delle proposte concorrenti è che sulle stesse i creditori possono esprimere il loro voto alla condizione di essere collocati *“ in una autonoma classe ”* ex art. 163 comma VI L.F.; alla classe quindi viene attribuita il delicatissimo compito di stemperare eventuali conflitti di interessi, previo ovviamente il controllo del Tribunale diretto a *“ verificare la correttezza dei criteri di formazione delle classi ”* ex art. 163 comma VII L.F. . Dalla lettura combinata dei predetti commi VI e VII dell'art. 163 L.F. si desume inequivocabilmente come il terzo proponente il concordato che aspiri ad acquisire l'azienda del debitore deve necessariamente proporre ai creditori una proposta che contempli come minimo la suddivisione degli stessi in quattro classi, atteso che l'art. 177 della L.F., prevede che nel caso di formazione di classi, la proposta per essere approvata, debba ricevere il voto favorevole oltre che della maggioranza dei crediti ammessi al voto anche della maggioranza nel maggior numero di classi. Sul rapporto tra conflitto di interessi e classi rinvio a M FABIANI, *Il fallimento e concordato preventivo op. cit.*, p. 223 e segg.; nonché a M. RATTI, *op. cit.* p.145; G. D'ATTORRE, *op. cit.* p.1165; G. BOZZA, *op. cit.* p.17 ; P. VELLA, *op. cit.* p. 24. Apprezzabile è l'intervento del legislatore in punto di innovazione di un terzo comma all'art. 165 L.F. finalizzato ad preservare la divulgazione di notizie riservate da parte dei terzi tant'è che gli stessi *“ in ogni caso ”* al fine di evitare strumentalizzazioni soffrono le medesime preclusioni di natura soggettiva in cui incorre il debitore in sede di proposizione di una domanda di concordato fallimentare. Cfr. VELLA, *op. cit.*, p.16. In punto di doveri informativi a carico del proponente il concordato si rimanda alla Circolare operativa n. 2/16 del Tribunale di Bergamo consultabile su *IlCaso.it*, 2016. La tempistica assegnata al terzo per la predisposizione di un piano strumentale alla proposizione di una proposta concorrente si riflette inevitabilmente sul contenuto del piano. Su questi aspetti rinvio a A.

La risposta anche in questo caso di certo non appare positiva<sup>40</sup> per una serie di considerazioni che di seguito passeremo ad esporre e dimostrano per converso una miopia del Legislatore domestico in quanto l'istituto risulta essere stato regolamentato su un piano meramente astratto, non preoccupandosi di organizzare le condizioni minime effettuali affinché un terzo possa dirsi concretamente interessato alla proposizione di una proposta concorrente. In fondo se il sistema, in punto di emersione tempestiva della crisi, sconta una disciplina deficitaria, di certo non è la sola presenza del terzo che restituisce efficienza a quel sistema così da renderlo competitivo. In altre parole, se è acclarato, che il debitore quando entra in procedura entra già in uno stato di avanzata decomposizione del proprio patrimonio netto, è evidente che non interessa proprio a nessuno entrare in competizione con quel debitore.

Quindi, solo in uno adeguato sistema concorsuale che preveda significativi indici di allerta<sup>41</sup>, idonei a preservare ancora un valore a quell'impresa, i terzi possono avere interesse a entrare in gioco. Che con la riforma del 2015 il Legislatore abbia assunto un atteggiamento alquanto approssimato, rispetto alla ratio che ha animato l'ingresso nel nostro sistema delle proposte concorrenti, lo si desume anche dal fatto che al debitore,

---

ROSSI, *Il contenuto delle proposte concorrenti nel concordato preventivo (prime riflessioni)*, in *IlCaso.it*, 2015.

<sup>40</sup> Degno di nota è l'intuito di P. VELLA, *op. cit.*, p. 27 e segg. che allo scopo di ridurre le asimmetrie di poteri ex art. 169 bis e 182 *quinques* tra debitore e terzo proponente una domanda di concordato concorrente attribuirebbe al terzo il diritto di avvalersi della domanda prenotativa di cui al comma VI dell'art. 161 L.F. che avrebbe l'effetto di compensare lo squilibrio iniziale. Altresì l'A. si pone condivisibilmente anche l'interrogativo di "verificare se non sia da ammettere anche una forma di "proposta prenotativa concorrente", cui assegnare (almeno) la funzione di attivare il contraddittorio con il creditore (futuro) legittimato, in tutte le fattispecie in cui viene richiesta l'autorizzazione giudiziale al compimento di determinati atti; ovvero, più radicalmente, una "proposta concorrente con riserva" a tutti gli effetti, che indubbiamente ridurrebbe l'evidente asimmetria informativa esistente tra debitore e creditori ai fini della formulazione della proposta di concordato, essendo solo il primo (e verosimilmente geloso) depositario delle più dettagliate e riservate informazioni sulla propria azienda. Secondo l'A. però siffatta interpretazione per quanto auspicabile contrasterebbe coi dati normativi così come riformati.

<sup>41</sup> Sui sistemi di allerta anche in ambito comparato da dieci anni a questa parte molto si è scritto, rinvio pertanto alle recenti pubblicazioni di A. JORIO, in AA.VV., *Fallimento e concordato fallimentare*, Milano, 2016, *Introduzione*.

oggi, sono state attribuite delle prerogative di forte impatto, che delineano in modo estremamente marcato il contenuto del piano e della correlativa proposta, poteri che trovano una ben dettagliata e specifica regolamentazione negli artt. 169 *bis* e 182 *quinquies* che gli attribuiscono rispettivamente il diritto di sciogliersi (o sospendere) dai contratti pendenti e di ottenere finanza interinale urgente sin da momento del deposito della domanda di concordato con riserva. Se nella delicatissima fase dell'approccio alla procedura in cui si tratta di ponderare ed effettuare scelte strategiche e di fondamentale importanza per la buona riuscita del piano di ristrutturazione, le leve di comando restano attribuite esclusivamente al debitore, è evidente per converso che i terzi non sono affatto incentivati ad entrare in competizione col debitore in quanto destinate a subire o comunque essere influenzato da scelte gestorie a loro non riconducibili. Ma vi sono anche altre esternalità negative. Intanto, non viene riconosciuto al terzo, alcun incentivo al superamento di un crisi che non gli appartiene. Ma quel che appare più grave, sono le asimmetrie informative in cui si trova il terzo, rispetto al debitore, che difficilmente, lo porterà nel confezionare un piano, che possa avere la meglio rispetto a quello predisposto dal debitore.

### 3. **CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.**

Le riflessioni svolte nei precedenti paragrafi, oggettivamente condotte sul dato positivo, consentono di affermare come i terzi non sono affatto stimolati alla competizione presentando proposte alternative. L'indagine ora retrograda contestualizzando le regole di cui alle proposte concorrenti con quella di cui al comma IV dell'art. 160 che prevede una disciplina di favore per la continuità aziendale praticabile attraverso l'esonero dal pagamento. Occorre ora appurare se, quella disciplina di favore, nelle interazioni tra le diverse disposizioni di cui alla riforma del 2015, sia nel concreto davvero incentivante; ovvero al contrario, il tutto non si risolva in puro esercizio accademico, con effetto sostanzialmente abrogante del favore per la continuità aziendale. Accettata l'idea di

attribuire alle soglie minime di pagamento un significato spiccatamente sanzionatorio<sup>42</sup> che si proietterà diversamente a seconda dei piani predisposti dal debitore, avremo quindi che, nei piani liquidatori, la sanzione sarà costituita dispiegarsi dell'alternativa fallimentare reputata a torto o a ragione sempre più conveniente; mentre in quelli di continuità, la soglia minima del trenta per cento, costituirà il prezzo che il debitore sarà tenuto a pagare se vuole evitare che altri entrino in competizione con lui nella gestione della propria crisi. Ma poiché in ogni caso nel concordato vige un principio maggioritario da rispettare, non è affatto scontato che la sanzione si avveri sempre, potendo trovare ingresso soluzioni alternative a quella confezionata dal debitore repute dai creditori maggiormente soddisfacenti, in cui un piano liquidatorio soppianti una continuità aziendale o viceversa. Quindi qualora l'impresa da risanare presenti un interesse per il mercato di riferimento i terzi potrebbero, per le più svariate ragioni, predisporre un piano alternativo a quello del debitore anche di natura liquidatoria; se vogliamo, pure strumentale all'eliminazione di un concorrente dal mercato di riferimento, ma non per questo ritenuto illegittimo in quanto perimetrato all'interno di un procedimento caratterizzato da ampie garanzie per il debitore. Nel caso opposto si tratterà di vedere se la proposta per essere ammissibile sia effettivamente esente da vincoli di pagamento nella percentuale minima del venti per cento il disposto di cui all'art.160 comma IV della L.F. In altre parole, l'interrogativo che ci si pone è se, l'aver individuato nel pagamento di una percentuale minima del venti per cento una precisa modalità soddisfattiva del credito nei concordati liquidatori, possa siffatta modalità, attraverso il raffronto con la clausola del miglior soddisfacimento dei creditori<sup>43</sup>, rifluire sulla continuità aziendale, tale da permearla, così da far rientrare nei concordati con continuità dalla finestra ciò che ne era fuoriuscito dalla porta. Ritengo che la riforma del 2015 nel richiamare la nozione pagamento nell'esatta nozione civilistica del termine (ex art. 1227 e segg. c.c.)<sup>44</sup> abbia in un certo qual senso tradito l'anima della riforma del

---

<sup>42</sup> M. FABIANI, *I nuovi vincoli*, cit., p.579.

<sup>43</sup> A.PATTI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori*, cit., p. 1099.

<sup>44</sup> Sulla stessa linea di pensiero, G.N. NARDO, *Nuovi presupposti per l'ammissione*, cit., p. 99. In senso contrario cfr. Tribunale di Pistoia del 29.10.2015, in *www.IlCaso.it*.

2005 che aveva pretermesso siffatta nozione indubbiamente materiale a vantaggio della spiritualità intrinseca che connota il concetto di soddisfazione della platea dei creditori “*in qualsiasi forma*”. Il collante è dato dal principio del *miglior soddisfacimento dei creditori* di cui agli artt. 172 e dalla lett. *b* del secondo comma dell’art. 186 bis. Se la continuità aziendale è un valore mezzo rispetto all’alternativa fallimentare<sup>45</sup> e, se nel fallimento i creditori vengono soddisfatti esclusivamente attraverso il pagamento in “*moneta fallimentare*”, né discende che il pagamento nella misura minima del venti per cento costituirà anche nel concordato con continuità aziendale il criterio base per valutare la convenienza del concordato rispetto all’alternativa costituita dal fallimento<sup>46</sup>. Il sistema quindi per come riformato non pare affatto incentivare le soluzioni delle crisi di impresa attraverso lo strumento negoziale dei concordati ed a maggior ragione attraverso l’intervento dei terzi nella gestione dell’altrui insolvenza. Prima di chiudere qualche breve accenno ai concordati misti che tanto sta richiamando l’attenzione di studiosi ed interpreti negli ultimi tempi, specie a seguito della riforma del 2015.

Ritengo, salvo adeguati approfondimenti, che le diverse teorie di derivazione privatistica che si contendono il campo scontino tutte un errore di prospettiva individuabile nel fatto che il Legislatore nell’art.186 bis L.F., nel disciplinare lo statuto della continuità aziendale, ha già fornito la risposta da dare : ed è che nei concordati con piani di continuità saranno sempre ed esclusivamente applicabili le regole di cui all’art. 186 bis. anche nei casi in cui la componente liquidatoria sia prevalente, pena, nel caso in cui si opini diversamente, la violazione dei diritti costituzionalmente garantiti che attribuiscono all’imprenditore il

---

<sup>45</sup> Si esprime in questi precisi termini M. FABIANI, *I nuovi vincoli alla proposta*, cit., p.577 laddove afferma “*è bene declamare, perché non ci siano fraintendimenti, che il concordato con piano in continuità non è, e non deve essere, una amministrazione straordinaria concordata; nell’amministrazione straordinaria concordata la continuità è un valore fine che può condurre persino alla distruzione delle aspettative dei creditori che di fatto vengono a trovarsi nella scomoda posizione di finanziatori occulti del risanamento; diversamente nel concordato la continuità è un valore mezzo funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori*”. Per un approfondimento in chiave costituzionale del rapporto tutela del credito e diritto all’iniziativa economica si rinvia a L. LANFRANCHI, *Costituzione e procedure concorsuali*, Torino, 2010.

<sup>46</sup> In senso contrario il Tribunale di Pistoia 29 ottobre 2015, consultabile su [www.IICaso.it](http://www.IICaso.it).

diritto di gestire la propria impresa anche in stato di insolvenza prima che il suo fallimento venga dichiarato. Principi questi espressi recentemente da alcune decisioni di merito<sup>47</sup>, ma, ripeto salvo ulteriori maggiori approfondimenti.

---

<sup>47</sup> Tribunale di Bolzano 10 marzo del 2015, in *www.Fallimentiesocieta.it* 2015; Tribunale di Siracusa, 23 dicembre del 2015, in *il Fall.* n.5/2016, p. 572.