

PROPOSTE CONCORRENTI E MERCATI DELLE PROPOSTE NEL NUOVO CONCORDATO PREVENTIVO

di

Alessandro Rimato

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. La legittimazione alla proposta concorrente; 3. La proposta concorrente; 3.1 Il dies a quo ed il dies a quem per il deposito della proposta concorrente; 3.2. Le modifiche e la revoca delle proposte, il passaggio all'accordo di ristrutturazione; 3.2.1. Gli aspetti processuali; 3.2.2. La variante costituita dagli accordi di ristrutturazione; 4. Il rimodellato potere di intervento del Tribunale: l'assicurazione del pagamento del venti per cento ai chirografari assorbe la valutazione circa la sussistenza della causa in concreto della proposta; 5. Il voto sulle proposte concorrenti e conflitto di interessi tra proponenti; 6. Conclusioni.

1. PREMESSA

Assolvo all'impegno preso qualche tempo fa sulle pagine di questa rivista ¹, di approfondire il tema delle proposte concorrenti di cui al novellato art. 163 della L.F. ². Dalla novella del 2015 emergono disposizioni, espressioni delle sollecitazioni provenienti da settori strategici del nostro tessuto produttivo, quello bancario ed imprenditoriale³. Al di là della rubrica che ha assunto una nuova veste con l'inserzione della dicitura, accanto a quella originaria (ammissione alla procedura) “ e proposte

¹ RIMATO, *Fallimenti e Società.it* – 11 settembre 2015 – “ *Brevi considerazioni sulla L.132/2015 limitatamente agli aspetti di natura concorsuale* “.

² L'art. 163 del R.D. n. 16 marzo 1942 n.267 (meglio noto come Legge Fallimentare, d'ora in poi per identificarla sarà usato il solo acronimo di L.F.) è stato novellato dall'art. 3 del D.L. n.83/2015- convertito con modificazioni dalla Legge n.132 del 2015 - che ha apportato anche le conseguenti e necessarie modifiche al sistema procedimentale: gli articoli interessati sono : 165, 172, 177 e 185 della L.F.

³ Lo testimoniano l'introduzione di nuovi istituti quali “l'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria “ ex art. 182 septies ; “ il mercato delle cessioni dei crediti “ ex art. 163 comma IV finalizzato alla proposizione di proposte concorrenti appannaggio ovviamente del mondo bancario. Per un primo commento sulla novella del 2015 si rinvia a FABIANI, “L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche “, in *Il caso.it*; AMBROSINI, “La disciplina della domanda di concordato preventivo nella “ miniriforma “ del 2015”, in *Il caso.it*; MARINONI – NISIVOCCIA – SANTORIELLO, introduzione di LO CASCIO, “ Decreto Giustizia : le novità in materia fallimentare “, Milano,2015; BOZZA, “Brevi considerazioni su alcune norme dell'ultima riforma “, in *Fallimenti e Società.it*, 2015; VAROTTI, “ *Appunti veloci sulla riforma del 2015 della legge fallimentare*”, in *Il caso.it*, 2015; GALLETTI, in “ *E' ancora attuale dopo la riforma “ d'urgenza “ il tractatus misteriosoficus delle sezioni unite ? “*,in *Il fallimentarista* , 2015

concorrenti “, l’articolo in commento si è arricchito, per ovvie esigenze di tenuta del sistema, delle necessarie prescrizioni procedurali, come avremo modo di vedere da qui a poco, oltre che di una regolamentazione sostanziale, attraverso l’aggiunta di ulteriori quattro commi, dal IV al VII. La ratio ispiratrice è chiara: collocare l’impresa anche non insolvente, ma già in crisi⁴, sul mercato in modo che i creditori concorsuali se ne possano avvantaggiare⁵, ricevendo qualcosa in più rispetto alla proposta avanzata dal debitore. L’opzione legislativa è marcatamente liberista⁶, costituendo l’approdo di quel

⁴ Di probabilità di insolvenza e non già di crisi si parla nel 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 si rinvia a 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 *Fallimenti & Società.it*.

⁵ Si vede quindi, nel mercato, da un lato, lo strumento taumaturgico funzionale a soddisfare maggiormente i creditori rispetto all’alternativa fallimentare (FABIANI, *op. cit.* essendo stato uno dei fautori della previsione ex art. 124 L.F. così come consegnatoci dalla riforma e cioè che il concordato fallimentare potesse essere proposto da un terzo, ammette di essersi sbagliato “ perché l’esperienza ci ha dimostrato che una volta che l’impresa è fallita, nella maggior parte dei casi il valore imprenditoriale è disperso “), dall’altro, si eleva l’effetto esdebitatorio - tipico ed esclusivo del solo concordato preventivo in quanto è noto come nel fallimento ex art. 120 i creditori riacquistano, per la parte di credito non soddisfatta, “ il libero esercizio delle azioni “ - a strumento servente al mercato in quanto volano degli interscambi commerciali. Nella relazione al disegno di legge che ha convertito con modificazioni il D.L. n. 83/2015 consultabile in www.camera.it/uri-res/N2Ls?urn:camera-it:parlamento:camera:3201 si legge che la proposta concorrente “ ha l’effetto di neutralizzare il rischio che l’imprenditore presenti proposte che non rappresentino l’effettivo valore dell’azienda “ Inoltre “ la finalità che ha animato l’introduzione nel nostro sistema fallimentare delle proposte concorrenti è simile a quella delle offerte concorrenti vale a dire massimizzare la recovery dei creditori concordatari e di mettere a disposizione degli stessi una possibilità ulteriore rispetto a quella di accettare o rifiutare in blocco la proposta del debitore. Tale intervento – prosegue la relazione - è funzionale a due importanti obiettivi: a) offrire ai creditori strumenti per impedire che il debitore presenti proposte che non rispettino il reale valore dell’azienda (appropriandosi, così, integralmente del surplus di ristrutturazione, ossia del maggiore valore creato dalla riorganizzazione rispetto all’alternativa della liquidazione fallimentare), anche quando ai creditori non sia offerta l’integrale soddisfazione dei loro crediti, benché riscadenzati; b) creare i presupposti per la nascita, anche in Italia, di un mercato dei distressed debt, già da tempo sviluppatosi in altri Paesi (tra cui, in particolare, gli Stati Uniti d’America) in modo da consentirne un significativo smobilizzo. 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 per cento dell’indebitamento di quest’ultima. Se poi l’investitore volesse assicurarsi il successo della propria proposta la percentuale di crediti che dovrebbe essere acquistata sarebbe molto maggiore”. G. BOZZA, *op. cit.* “ Brevi considerazioni su alcune norme dell’ultima riforma “, in *Fallimenti e Società.it*, 2015, critica la ratio dell’innesto ed il parallelismo col sistema americano in quanto colà le proposte concorrenti sono ammissibili soltanto in via suppletiva in caso di inerzia del debitore. RIMATO, *op. cit.* non condivide il parallelismo tra offerte e proposte concorrenti in quanto le offerte “ di comune rispetto alle proposte concorrenti vi è solo la contendibilità dell’impresa sul mercato. Nulla di più, sicché le regole dell’una non possono applicarsi analogicamente all’altra. La proposta è prerogativa del debitore impresa, l’offerta si posiziona a valle, è proiezione del mercato “. Contra VAROTTI, *op. cit.*

⁶ Circa il fallimento del mercato rinvio a G. ROSSI, “Crisi del Capitalismo e nuove regole “, in *Riv. delle Società*, 2009, 30 dove l’A. stigmatizza il modo esemplare del liberismo economico: “ qualcuno crede che la depressione sia il risultato di politiche governative sbagliate. Io ritengo sia un fallimento del mercato “. I concordati, sia preventivo che quello fallimentare, costituiscono a ben vedere, istituti ove maggiormente si incrociano le regole dell’autonomia e dell’eteronomia giudiziaria, traduzione in chiave giuridica delle contrapposte dottrine economiche che hanno caratterizzato il ventesimo secolo riferibili ai noti “ Giganti “ dell’economia, KEYNES e HAYEK, il primo a favore dell’interventismo statale nel campo economico, il secondo a favore del liberismo. Cfr. NICHOLAS WAPSHOTT, “ Keynes o Hayek “, Milano, 2012. Per una versione più equilibrata tra autonomia ed eteronomia, FABIANI, “ Contratto e processo nel concordato fallimentare “, Torino, 2009,XX, laddove afferma che “ l’esubranza del mercato non può far ombra alla saggezza delle regole “. In effetti la storia ci ha consegnato le alterne fortune delle contrapposte teorie sol che si ponga mente al fatto che l’allora paladino delle del liberismo economico, George W. Bush fronteggiò la recessione iniettando nel sistema migliaia di miliardi di dollari.

percorso riformatore avviatosi nel nostro Paese a partire dal 2005 precipitato nel contempo del principio di oggettivazione dell'impresa⁷.

Come ho appena accennato, l'introduzione nel nostro sistema concorsuale delle proposte concorrenti ha necessariamente indotto il legislatore ad apportare le necessarie conseguenti modifiche procedurali, di struttura, allo scopo di meglio amalgamare il sistema così da renderlo coerente.

Le innovazioni riguardano :

- ❖ *L'elevazione del termine per la convocazione dei creditori a centoventi giorni ex art. 163 comma II n. 2 in luogo degli originari trenta;*
- ❖ *Assolvimento da parte del commissario di una funzione informativa propedeutica alla presentazione delle proposte da parte dei terzi creditori ex art. 165 comma II;*
- ❖ *Relazione integrativa da parte del commissario contenente una particolareggiata comparazione tra tutte le proposte concorrenti da inoltrare ai creditori almeno dieci giorni prima della fissazione dell'udienza per l'adunanza dei creditori ex art. 172 comma II ;*
- ❖ *Illustrazione in udienza da parte del commissario delle proposte presentate dei terzi creditori e sottoposizione al voto delle stesse, secondo l'ordine temporale del deposito, in ogni caso posposte a quella presentata dal debitore ex art. 175 L.F.;*
- ❖ *Regolamentazione del sistema di maggioranza per l'approvazione del concordato ex art.177 L.F.;*
- ❖ *Monitoraggio da parte del terzo proponente circa l'esecuzione del concordato, con l'attribuzione al creditore proponente di poter chiedere la sostituzione del debitore ex art. 185 L.F. nella esecuzione del concordato.*

2. LA LEGITTIMAZIONE ALLA PROPOSTA CONCORRENTE

Il tema della legittimazione alla presentazione delle proposte va ad intercettare problematiche che di certo non esauriscono i propri effetti solo sul terreno schiettamente “*processual concorsuale*” , comportando connotati di ordine generale; incidendo in particolare, in quel segmento degli studi

⁷ Cfr. SIRENA, “*Il diritto europeo dei contratti d'impresa, autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*“, Milano 2006; RONDINONE, “*Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e ragioni della commerciabilità*“, Milano,2012; In ambito concorsuale dove maggiori sono le frizioni sul campo, considerevoli sono stati gli approfondimenti del concetto di oggettivazione dell'impresa, specie per le note ricadute sul versante liquidativo. Sul punto si rimanda, per una visione d'insieme a RAVINALE, “*L'Affitto e la cessione d'azienda nella riforma fallimentare*“ Milano, 2008; in una ottica anticipatoria così da bilanciare il ritardo, forse colpevole, col quale l'imprenditore affronta la crisi alla luce della riforma dell'art. 15 L.F. si veda FIMMANO, “*L'esercizio provvisorio anticipato dell'impresa “fallenda” tra spossamento cautelare dell'azienda e amministrazione giudiziaria della società*“, in *Il caso.it*, 2010; dello stesso A. ma in chiave generale :“*L'affitto d'azienda preesistente al fallimento*“ in “*Le nuove procedure concorsuali*“, a cura di Ambrosini, Torino, 2008; id. “*Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*”, Milano, 2011 ; PATTI, “*L'affitto d'azienda e finanziamento dell'impresa fallita*“, in *Il Fallimento* , n.1,2009; Id, “*L'affitto d'azienda*“, in *Il Fallimento* n. 9,2007.

costituito dal diritto dell'economia⁸. Esempio: all'indomani della riforma del concordato fallimentare⁹ si salutò con favore l'introduzione di un limite temporale annuale alla proposizione della domanda da parte del fallito ex art 124 comma I, in quanto, secondo i *conditores*, lo spossamento derivante dal fallimento, l'avrebbe indotto a monitorare con costanza l'evolversi della crisi della propria impresa, così

⁸ Per i riferimenti di carattere generale si rinvia a DI GASPARÉ, “ *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali* “, Torino, 2015; PICOZZA, RICCIUTO, “ *Diritto dell'economia* “, Torino, 2013; FERRARI, “ *Diritto pubblico dell'economia*”, Milano, 2010.

⁹ L'art. 124 L.F. nella sua originaria versione è stata integralmente riscritta dall'art. 114 del D. Lgs. 9 gennaio 2006 n. 5. Per un approfondimento esaustivo si rinvia a FABIANI, “ *Contratto e processo nel concordato fallimentare* “, Milano, 2009. Lo stesso A.: “ *Poiché sono stato uno dei fautori di quel teorema debbo ammettere di avere sbagliato perché l'esperienza ci ha dimostrato che una volta che l'impresa è fallita, nella maggior parte dei casi il valore imprenditoriale è disperso e non vi è più un interesse competitivo sull'impresa, residuando solo i concordati speculativi che una certa utilità ce l'hanno ma che vengono tendenzialmente rifiutati dalla giurisprudenza e comunque vengono, a loro volta, disincentivati se si guarda a quel formante che predica che i diritti del fallito non possono essere pregiudicati quando l'offerta del terzo gli fa conseguire* “; in Ipertrifica... *op.cit.*; Cfr. F. DI MARZIO, “ *Dal ceppo della vergogna alle soluzioni concordate della crisi d'impresa: nota apologetica sul nuovo diritto fallimentare* “ in *Il caso.it.*, 2012.

da anticiparla, canalizzandola tempestivamente ed utilmente verso le procedure negoziali alternative al fallimento¹⁰.

¹⁰ Cfr. G.B. NARDECCHIA, *“Crisi d’impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale”*, Milano, 2007. Sappiamo come di recente si sia formato un versante del diritto societario dedito allo studio della crisi d’impresa. Per una trattazione di carattere generale si rinvia a *“Diritto societario e crisi d’impresa”*, a cura di TOMBARI, TORINO, 2012. In fondo sono questi i riflessi della libertà d’azione riconosciuta dal nostro legislatore allo scopo di risolvere la crisi di impresa. Parafrasando quanto scritto da Jean Paul Sartre in *“L’essere ed il nulla”*, ristampa, Milano, 2014: *“l’uomo è condannato ad essere libero”*, emerge come a maggiori spazi di libertà, a maggiori conquiste corrispondono maggiori oneri e maggiori responsabilità. Se l’aforisma viene intercalato nel solco dell’ampio perimetro d’azione riconosciuto all’imprenditore che ha in animo di risolvere la crisi della propria impresa con i nuovi strumenti che la legge oggi pone a sua disposizione, le conseguenze che ne potrebbero derivare è che lo stesso potrebbe trovarsi al cospetto di nuove forme di responsabilità, per una errata scelta di un istituto, ritenuto inappropriato, anziché di un altro ritenuto più consono in considerazione dello sbilancio economico, finanziario e patrimoniale in cui versa la propria impresa. Ora, appare indubitabile come il solco tracciato già da diverso tempo dal legislatore domestico sia stato quello della degiurisdizionalizzazione del sistema in quanto meno dispendioso economicamente anche in termini di liberalizzazione delle risorse umane da impiegare per la soluzione del contenzioso inteso nel senso stretto del termine. Tendenza recepita dalla riforma della legge fallimentare avviatasi nel nostro paese dal 2005 ed oggi conclusasi con la L. n. 132 del 2015 che ha convertito con modificazioni il D.L. n. 83 del 27 giugno del 2015, laddove per la soluzione della crisi vengono offerte all’imprenditore una serie di istituti in cui primeggia il consenso a discapito dell’eteronomia. Accanto ai già noti strumenti negoziali forgiati dal nostro legislatore con la riforma del 2015 hanno trovato ingresso altri due nuovi istituti: l’accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria sì che l’imprenditore ha oggi in mano davvero un variegato ventaglio di soluzioni per risolvere la crisi. E’ fondamentale quindi delimitare con maggiore esattezza possibile la linea di confine che separa l’intangibilità delle scelte gestorie, il c.d. *“business judgment rule”*, da quella che consente all’A.G. di sindacare ovviamente ex post la ragionevolezza delle scelte compiute, sindacato da effettuarsi ponendosi ex ante, vale a dire, in quello stesso contesto storico che caratterizzava la fase anteriore in cui la scelta di fatto venne compiuta. Sullo sfondo traspare la nota distinzione, cara agli amministrativisti, tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica che non comporta, quest’ultima, alcuna scelta circa il comportamento da tenere una volta ovviamente in cui si sono verificati i presupposti di natura tecnica previsti dalla legge, in quanto è la legge che detta i comportamenti che l’organo gestorio deve tenere. E nel micro sistema della crisi d’impresa le fonti a cui attingere allo scopo di individuare dubbi significativi sulla persistenza della continuità aziendale è costituito dall’art. 40 comma quindicesimo del DLT n.39/10. In primissima battuta quindi il problema da risolvere è quello relativo alla chiara intelligibilità dello stato in cui si trova la propria impresa e se lo stesso sia superabile in tempi relativamente brevi (generalmente si parla di un anno). Certo è che di fronte ad una crisi destinata ad evolversi nel tempo, gli strumenti da adottare saranno man mano più invasivi, transitando dal piano attestato di risanamento, agli accordi di ristrutturazione per approdare poi a strumenti più penetranti, costituiti dapprima dal concordato preventivo caratterizzato, come si sa, da uno spossamento attenuato del patrimonio del debitore, per poi finire, con la procedura maggiore, costituita dal fallimento, in cui la gestione del patrimonio passa definitivamente nelle mani di un terzo. Certo nel rispetto dell’autonomia gestionale che caratterizza l’attività di amministrazione, i primi timidi segnali della crisi, sono ovviamente tangibili dai soli amministratori e dai consulenti d’impresa, i quali, sono chiamati ad una rivisitazione del loro operare nel rispetto dei nuovi canoni legali previsti dal sistema riformato della L.F. Sulle maggiori responsabilità degli amministratori correlativamente all’ampio raggio d’azione riconosciuto agli stessi dalla legge fallimentare si rinvia a R. RORDORF, *“Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi”*, in Società 2013,567; R. SACCHI, *“La responsabilità gestionale nella crisi dell’impresa societaria”*, in Giur. comm., 2014,I,304, laddove mette in risalto come *“All’incremento dei poteri degli amministratori in tema di selezione e conformazione dello strumento di soluzione negoziale della crisi non può non seguire una assunzione di maggiori responsabilità da parte loro”*. Il diritto positivo, in particolar modo quel settore del diritto societario che studia la crisi dell’impresa, sottolinea come il sistema presenta già di per se strumenti finalizzati all’emersione tempestiva della crisi d’impresa: il collegio sindacale. Sul punto: M. SANDULLI, *“I controlli delle società come strumenti tempestivi di rilevazione della crisi d’impresa”*, in *Il Fallimento* n.9/2009, 1100. Ai fini della configurabilità della violazione del dovere di vigilanza imposto ai sindaci, non è necessaria l’individuazione di specifici comportamenti che si pongano espressamente in contrasto con tale dovere, essendo invece sufficiente che i componenti dell’organo di controllo non abbiano rilevato una macroscopica violazione o comunque non abbiano in alcun modo reagito di fronte ad atti di dubbia legittimità e regolarità, e non abbiano quindi posto in essere quanto necessario per assolvere l’incarico con diligenza, correttezza e buona fede, eventualmente anche segnalando all’assemblea le irregolarità riscontrate, ovvero denunciando i fatti al P.M., per consentire l’adozione delle iniziative previste dall’art.2409 c.c.. Cfr. F. BRIZZI, *“finanziamento dell’impresa in crisi e doveri gestori”*, consultabile sul sito www.orizzontideldirittocommerciale.it, laddove mette in risalto come *“tanto la diminuzione del capitale di un terzo quanto le situazioni poste dalla legge a fondamento della postergazione legale andrebbero, cioè individuate quali presupposti oggettivi cui correlare il dovere di accertare la possibilità del risanamento della società e di procedere alla predisposizione di un piano ragionevole”*. Sul piano della tecnica legislativa alla riconosciuta libertà fa da sponda il concetto di legislazione per clausole generali. Sul punto BERTACCHINI, *“Le clausole generali e l’autonomia negoziale nella crisi d’impresa”*, consultabile sul sito www.orizzontideldirittocommerciale.it. Il ricorso alle C.G. scrive l’A. *“può altresì contribuire alla creazione di una migliore prassi in materia fallimentare, necessaria per consentire un costante adeguamento delle norme alle esigenze provenienti da altre realtà, se è vero che i concetti di valore esplicitano la dinamicità dell’ordinamento e che tale esigenza, immanente al sistema, affiora a livello di dato normativo laddove venga fatto esplicito richiamo ad un valore”*

Sappiamo come a distanza di dieci anni dall'introduzione, siffatto meccanismo incentivante abbia deluso le aspettative, in quanto quel pericolo non ha assunto una forza tale da far mutare l'atteggiarsi dell'imprenditore di fronte alla crisi ¹¹. Con la riforma del 2015, in un contesto diametralmente opposto, il legislatore non ha affatto abdicato all'idea di minacciare all'imprenditore in crisi ovvero già insolvente l'esproprio della propria impresa, anzi ha maggiormente affilato le armi, ponendolo di fronte ad una alternativa: paga i chirografari in una ben determinata percentuale, altrimenti la crisi della tua impresa sarà gestita da altri. Nell'ottica di incentivare il mercato delle proposte il legislatore ha regolamentato da un lato, l'intervento di terzi i quali possono assumere anche la veste di cessionari del credito, dall'altro, ha stabilito delle limitazioni alquanto esigue in termini percentuali del credito vantato¹², né poi per le società viene richiamato l'art. 152 L.F. sulla falsariga della disciplina del concordato fallimentare. Al di là di siffatto tecnicismo si tratta di vedere se il meccanismo così come congegnato sia idoneo alla realizzazione delle finalità che il legislatore si è prefissato, vale a dire di riequilibrare il sistema in quanto troppo *debtor oriented*. Oltre a ciò ritengo che i problemi più importanti da risolvere siano anche altri: poiché, ciò per un dato esperienziale, quando l'imprenditore varca la soglia del Tribunale chiedendo di essere ammesso al concordato preventivo, la crisi ormai è degenerata in insolvenza, quindi bisogna agire con la dovuta urgenza, magari chiedendo la sospensione ovvero lo scioglimento di contratti strategici. Ebbene di fronte a questo frenetico divenire, è in grado il terzo di confezionare un programma alternativo a quello del debitore entro tempi brevi? cosa succede se i diversi programmi stridono tra di loro? siamo proprio sicuri che il gap informativo viene ridotto dall'accesso ai dati forniti dal commissario ex art. 165 L.F. nuovo conio? ritengo che dalla soluzione di questi problemi dipende il successo del recente intervento riformatore.

¹¹ Sappiamo come nel nostro paese la stragrande maggioranza delle imprese siano a base familiare sicché vi è una certa riluttanza ad ammettere lo stato di crisi ovvero di insolvenza in cui naviga la propria impresa.

¹² L'entità del credito che legittima la proposizione di una proposta concorrente deve essere almeno pari al dieci per cento della debitoria complessiva del debitore risultante dalla situazione patrimoniale depositata, la domanda è poi preclusa alle società sottoposte a comune controllo.

3. LA PROPOSTA CONCORRENTE

3.1. IL DIES A QUO ED IL DIES A QUEM PER IL DEPOSITO DELLA PROPOSTA CONCORRENTE

La novella del 2015 - che ha innovato l'art. 163 della L.F. - ha stabilito nel comma V una correlazione diretta tra la proposta concorrente e l'assicurazione di un pagamento in una percentuale ben determinata in favore dei chirografi che dovrà essere indicata dal debitore nel piano ed attestato dal professionista; se ne deve dedurre, per logica implicazione, come il termine iniziale per il deposito da parte del terzo creditore della proposta concorrente non sia fisso, ma vari a seconda che il debitore depositi¹³ una domanda completa, ovvero moduli il deposito del piano in considerazione della tempistica assegnatagli dal Tribunale sulla prenotativa. Vi è quindi un perimetro temporale - sottratto alla contendibilità dell'impresa - di esclusiva pertinenza del debitore che va dal giorno del deposito del ricorso in bianco (rectius: dall'iscrizione del ricorso nel registro delle imprese, ex art. 161 comma V) fino a quando non viene depositato il piano e la proposta ed è noto come proprio in questo segmento temporale si consumano attività di importanza strategica per la sorte della impresa che se non ben ponderate potrebbero compromettere la buona riuscita del programma di risanamento. Uno spazio temporale questo oggetto di ripetute regolamentazioni da parte del legislatore¹⁴, non ultimo, ulteriormente innovato dalla Legge dell'agosto scorso che ha novellato l'art. 169 *bis* facoltizzando l'intervento sui contratti pendenti sulla falsariga della disciplina del fallimento, nonché introducendo all'art. 182 *quinquies*, un III comma, il quale autorizza l'imprenditore in crisi ad ottenere la c.d. finanza interinale prededucibile " *funzionale a urgenti necessità relative all'esercizio dell'attività aziendale* ". Il terzo creditore proponente nel confezionare la propria proposta di concordato quindi inevitabilmente subirà i condizionamenti degli atti autorizzati dal Tribunale. Anticipando ciò che sarà esaminato più diffusamente nel proseguo, circa il

¹³ Contra VAROTTI, *op.cit.* il quale ancora il deposito di una proposta concorrente al deposito di un ricorso in bianco.

¹⁴ Con la prenotativa si apre un sub procedimento incidentale che è stato gradualmente a più riprese affinato dal legislatore attraverso (i) la nomina di un commissario in virtù dell' art.82 del D.L. n.69 del 2013 convertito con modificazioni dalla L. n.98 del 2013; (ii) l'autorizzazione al compimento degli atti sia di ordinaria che di straordinaria amministrazione giusto il comma VII dell'art. 161 L.F. introdotto con la L. 134 del 2012 che ha convertito con modificazioni il D.L. n.83 del 2012.

giudizio di ammissibilità delle proposte concorrenti, ritengo che il Tribunale sarà chiamato in sede di ammissione ad una penetrante indagine che oblitererà le linee tracciate da Cassazione 1521 del 2013 in un confronto che vedrà coinvolti il debitore, il commissario ed i terzi proponenti il concordato. Il dies a quem per il deposito della proposta concorrente fissato dal comma IV dell'art. 163 a trenta giorni prima dell'udienza fissata per il voto, per quanto a prima vista priva di rilevanza, costituirà certamente fonte di lungaggini procedurali con le inevitabili ricadute sulla tempistica del concordato, anch'essa novellata dal legislatore del 2015 il quale ha elevato nell'art. 181 l.F. da sei a nove mesi (prorogabile una sola volta per sessanta giorni) il termine per la omologazione del concordato preventivo.

3.2. LE MODIFICHE E LA REVOCA DELLE PROPOSTE – IL PASSAGGIO ALL'ACCORDO DI RISTRUTTURAZIONE –

I temi che saranno affrontati presentano una indubbia delicatezza, non tanto per gli aspetti procedurali, in quanto il sistema sembra ben amalgamato, quanto per gli aspetti legati non solo alla rinuncia al concordato da parte del debitore in crisi, ma anche riguardo all'interazione che potrebbe stabilirsi tra il sub procedimento ex art. 173 L.F. e le proposte concorrenti dei creditori che potrebbero in tesi essere anche istanti per la dichiarazione di fallimento del comune debitore, ovviamente come ipotesi subordinata alla proposta concordataria.

3.2.1 GLI ASPETTI PROCESSUALI

L'art. 3 del D.L. n.83 del 2015 nell'abrogare il secondo comma dell'art. 175 L.F. - che prevedeva nell'apertura dell'inizio delle operazioni di voto il limite oltre il quale la proposta non poteva essere più modificata – ho rimodulato siffatto limite ancorandolo nell'art. 172 comma II all'adunanza dei creditori (“ a quindici giorni prima dell'adunanza dei creditori “). Nell'elevare quindi l'adunanza dei creditori a spartiacque per la *emendatio* il legislatore ha fatto

chiarezza in quanto il sintagma “ *operazioni di voto* “ creò in passato non pochi problemi¹⁵. Le domande così come modificate, da intendersi ormai definitive, saranno successivamente illustrate in adunanza dal commissario : seguirà poi la votazione. Il supplemento di attestazione vale anche per il terzo proponente laddove vi siano modifiche sostanziali al piano ed alla proposta. Al di là delle modifiche sostanziali si colloca la *novatio* che per converso implica la rinuncia alla domanda originaria; recentemente la cassazione ¹⁶ ha fissato un limite ben preciso oltre il quale la domanda è non è più rinunciabile. Tralasciando altri aspetti già approfonditi da autorevoli cultori della materia ritengo, attese le finalità del presente scritto, richiamare l'attenzione sull'interazione che si manifesta tra la rinuncia all'originaria domanda posta dal debitore rispetto a quella avanzata dal terzo, in quanto sul punto *in nuce* già si intravedono primi contrasti . Il tema è delicato e sottende sullo sfondo prese di posizioni di indubbio spessore. Autorevole dottrina ha ritenuto che la rinuncia alla domanda di concordato da parte del debitore abbia una forza tale da far caducare anche le proposte presentate da terzi¹⁷, viceversa è stata prospettata altra e contraria¹⁸ tesi la quale, facendo leva sul disposto di cui all'art. 2910 del c.c., ha ritenuto insensibile la revoca della originaria domanda rispetto alle proposte concorrenti, sicchè la procedura rimarrebbe dominio dei soli terzi creditori proponenti il concordato. Delle due trovo più convincente siffatta ultima tesi, non solo in considerazione dell'intento legislativo che ha animato la recente riforma, che è stato quello di aprire al mercato concorrenziale il concordato

¹⁵ Sappiamo come il c.d. “ *decreto correttivo* “ sia intervenuto – inserendo il comma II all'art. 175 L.F. – ancorando la modificabilità della domanda “ all'inizio delle operazioni di voto “, sintagma questo che a creato non pochi problemi applicativi specie nel caso di voto anticipato ovvero chiamato anche a “ *scatola chiusa* “. Ora il legislatore nell'individuare il *dies a quem* per la modifica della domanda nei quindici giorni antecedenti all'adunanza dei creditori ha di fatto eliminato alla radice ogni fonte di dubbio. Per le varie interpretazioni circa il limite temporale oltre il quale si è ritenuto inammissibile la modifica si rinvia a FILOCAMO, sub. art. 175 in “ *La legge fallimentare*”, a cura di FERRO, pag. 2354 e segg; RAGO, “ *I termini per la modifica della proposta di concordato preventivo*”, in *Il Fallimento*, 12/2000, 1371; C. DE MARTINI, “ *La modifica della proposta di concordato preventivo* “, in *Il Fallimento*, 7/2001, 733.

¹⁶ Cass. n.8575/15 su *Il caso.it* la quale ha così statuito : “ *la rinuncia alla domanda di concordato preventivo, la quale si traduce sostanzialmente in un abbandono della relativa proposta, atteggiandosi come revoca della stessa, non è ammissibile una volta che il concordato è stato omologato* “.

¹⁷ FABIANI, “ *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*”, in *Il caso.it*; AMBROSINI, “ *La disciplina della domanda di concordato preventivo nella “ miniriforma “ del 2015*”, in *Il caso.it*.

¹⁸ Varotti, *op cit.*

preventivo, ragion per cui rientra nella logica del mercato l'eliminazione di programmi imprenditoriali non appetibili, ma anche tenendo conto il recente dato normativo : se la proposta del terzo indirettamente ha superato il vaglio di ammissibilità costituito dal fatto che il debitore nel proprio programma imprenditoriale non è stato in grado di prevedere una percentuale di pagamento a favore dei chirografari è evidente per converso che quel debitore non è affatto in crisi ma “ *bellamente* “¹⁹ insolvente: dunque lo spossessamento dell'impresa appare legittimo. Sulla stessa linea ritengo che debba risolversi l'interazione che viene a stabilirsi tra il procedimento ex art. 173 L.F. aperto a danno del debitore e le proposte concorrenti; trovo normale e coerente col sistema la quiescenza del procedimento sanzionatorio nell'attesa che le proposte concorrenti si snodino nel corso dell'intera procedura.

3.2.2 LA VARIANTE COSTITUITA DAGLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

Abbiamo visto, come vi sia un segmento temporale sottratto al mercato delle proposte, momento che va dal giorno del deposito del ricorso ex art. 160 comma VI L.F. a quando l'imprenditore deposita il piano completo, ci siamo spinti a spiegarne anche le ragioni in quanto per dettato positivo il comma V dell'art. 163 L.F. subordina il vaglio di ammissibilità delle proposte concorrenti alla previsione di realizzo in favore dei chirografari di ben determinate percentuali indicate nel piano ed attestato dal professionista giusto il richiamo operato all'art. 161 comma III L.F.²⁰. Vi è un ulteriore appiglio normativo idoneo a sottrarre l'impresa dal mercato delle proposte ed è costituito dal passaggio agli accordi di ristrutturazione. Sappiamo come l'art. 161 al comma VI facoltizzi l'imprenditore a depositare

¹⁹ Mi permetto di usare la stessa terminologia adoperata da FABIANI in “*L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*”, in *Il caso.it*.

²⁰ Per converso si intuisce come se il debitore opti per il deposito di una domanda di concordato preventivo completa da quello stesso momento il terzo creditore è legittimato al deposito di una sua proposta concorrente, previa acquisizione delle informazioni utili che il C.G. è tenuto a rilasciare ai potenziali proponenti giusto il comma II dell'art. 165 L.F.

una domanda di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182 *-bis* L.F. : ovviamente qui la *ratio* che sottende la scappatoia è diversa venendosi a fondare sul consenso del creditore il quale valuterà se gli è più conveniente presentare una proposta concorrente ovvero aderire all'accordo prospettato dal debitore, in alternativa la riluttanza del creditore troverà adeguata tutela nel giudizio di omologazione, quale creditore estraneo da soddisfarsi nel rispetto della tempistica di cui alle lettere " a " e " b " dell'art. 182 bis L.F.

4. IL RIMODELLATO POTERE D'INTERVENTO DEL TRIBUNALE : L'ASSICURAZIONE DEL PAGAMENTO DEL VENTI PER CENTO AI CHIROGRAFARI ASSORBE LA VALUTAZIONE CIRCA LA SUSISTENZA DELLA CAUSA IN CONCRETO DELLA PROPOSTA

Come già avvenuto all'indomani del percorso riformatore avviatosi nel nostro paese a partire dal 2005, affinato dalle S.U. con la nota sentenza n.1521/13 , torna attuale verificare il perimetro d'intervento dei poteri del Tribunale²¹ e, se il sistema, così come recentemente novellato, tenga, ed in caso positivo, se vi possa essere una uniformità di giudizio in relazione alle varie fasi in cui si snoda il procedimento²².

²¹ Il tema della fattibilità della proposta di concordato preventivo è stato un argomento plurisviscerato dalla dottrina e dalla giurisprudenza sia di legittimità che di merito. Come condivisibilmente affermato (FABIANI, " *Guida rapida alla lettura di Cassazione a S.U. n. 1521/2013* ", in *Il caso.it*, 2013), ritengo che l'argomento sia stato enfatizzato più del dovuto sol che si considera che qualsiasi programma, specie di natura imprenditoriale, anche avulso da un controllo giurisdizionale può, per diversi fattori anche contingenti (si pensi all'instabilità che caratterizza il mercato internazionale), nel concreto non realizzarsi nei precisi termini previsionali prospettati. Aggiungasi a ciò che nel concordato preventivo autonomia negoziale ed eteronomia giudiziale si incrociano, conseguentemente nel giudizio sulla fattibilità entrano in gioco il rispetto delle regole tecniche e giuridiche, in particolar modo delle norme imperative. In definitiva appariva del tutto logico, nella cornice normativa disegnata dal riformatore a partire dal 2005, caratterizzata dalla assoluta libertà di forme e dalla mancanza per Legge di un numerario certo di soddisfazione per i chirografari, che il giudizio sulla fattibilità economica, appartenesse ai creditori e che il controllo del Tribunale sul punto, fosse limitato all'insussistenza prima facie della inidoneità assoluta del piano a realizzare la causa concreta del concordato, ossia a soddisfare in qualche misura seppur minima i crediti concorsuali entro tempi ragionevolmente contenuti. Il tutto nel rispetto delle norme giuridiche imperative (c.d. fattibilità giuridica) prerogativa assoluta dell'autorità statale. Per un quadro completo ed anche per gli ampi riferimenti sia dottrinali che giurisprudenziali si rinvia a G. CIERVO, " *Il giudizio di fattibilità del piano di concordato preventivo nella recente giurisprudenza della Suprema Corte*", in *Il Nuovo Diritto delle Società*, n.3, 2015; id. " *ancora sul giudizio di fattibilità* " in *Giuris. Comm.*, 2015, fasc.1. LA MALFA, " *La crisi dell'impresa, il piano proposto dall'imprenditore e i poteri del Tribunale nel nuovo concordato preventivo*", in *Il caso.it*. Per un approfondimento in chiave prospettica si rinvia a VELLA, " *La giurisprudenza della cassazione sul controllo di fattibilità del concordato preventivo dopo le sezioni unite del 2013* ", in *Il caso.it*, 2015. Per un approfondimento sistematico si rinvia a FABIANI, " *Il fallimento e concordato preventivo art.2221.II Concordato preventivo*, in *G. De nova* (a cura di) ", Commentario del codice civile e codici collegati, Scialoja – Branca – Galgano, Bologna, 2014,552 e segg.; PANZANI, " *i nuovi poteri autorizza tori del Tribunale e sindacato di fattibilità nel concordato* " in *Le società*, 5/2013, pag. 565

²² DE SANTIS, " *Causa in concreto della proposta di concordato preventivo e giudizio " permanente " di fattibilità del piano* ", in *Il Fallimento*, n. 3, 2013, p. 279; sullo stesso numero della rivista si rinviano ai commenti di PAGNI, " *il controllo di fattibilità del piano di concordato dopo la sentenza 23 gennaio 2013, n.1521: la prospettiva " funzionale " aperta dal richiamo alla " causa concreta* " e di A. DI MAJO, " *il percorso " lungo " della fattibilità del piano proposto nel concordato* ".

Prima di approfondire siffatto aspetto, alcune indispensabili connotazioni di carattere preliminare. I requisiti di ammissibilità della proposta sono identici a quelli fissati dalla legge per il debitore,²³ con una agevolazione in più : circa la fattibilità del piano, la legge facoltizza il creditore proponente addirittura ad ometterla ovvero limitarla “ *agli aspetti che non siano già oggetto di verifica da parte del commissario giudiziale* “. Le proposte concorrenti sono ammissibili nel solo caso in cui la proposta del debitore non assicura²⁴ almeno il pagamento del quaranta per cento dei crediti chirografari e del trenta nel caso in cui il debitore opti per il concordato con continuità²⁵, si intuisce pertanto come “ *il concorso* “; la gara tra le proposte e tra queste e quella del debitore siano destinate ad assurgere a **regola** di ogni concordato preventivo, dal momento che difficilmente il debitore nella propria domanda arriverà ad assicurare un pagamento nelle diverse percentuali prefissate dalla Legge , quant’anche poi siffatte percentuali fossero assicurate, nulla esclude una contestazione delle stesse da parte del C.G. e dei soggetti terzi proponenti il concordato. Nel concordato preventivo versione 2015 i creditori assumeranno una nuova veste, non più spettatori passivi, ma attori, protagonisti del mercato, stimolati ad acquisire l’azienda del proprio debitore in perfetta sintonia con le norme del processo di esecuzione di cui agli artt. 588 e segg. del c.p.c.²⁶ Sappiamo come il debitore se intende aprire la competizione deve assicurare un pagamento nell’accezione civilistica del termine. *Quid juris* nel caso in cui la proposta non prevede un pagamento, ma un altro tipo di soddisfazione ?²⁷ la risposta passa attraverso l’analisi, meglio ancora la correlazione, tra le diverse novità introdotte dal D.L. n. 83 del 2015, il quale art. 4 ha aggiunto all’art. 160 non solo un

²³ Sotto un profilo contenutistico la domanda del terzo creditore si conformerà sulla falsariga di quella posta dal debitore, omesse ovviamente le parti relative alla storia dell’impresa, come pure quella relativa alle origini della crisi, per converso ritengo che la domanda del terzo debba rispettare il disposto dell’art. 152 comma III della L.F. finalizzata a garantire certezza ed adeguata conoscibilità a decisioni di particolare importanza. Cfr. MINUTOLI, sub. art. 152 in “*La legge fallimentare*”, a cura di FERRO, pag. 1949.

²⁴ Secondo AMBROSINI, *op.cit.* : “ *l’utilizzo del verbo assicurare depono in modo sufficientemente perspicuo nel senso che la proposta non può limitarsi a una prospettazione ai creditori di un verosimile adempimento, dovendo invece contenere l’assunzione di un vero e proprio impegno*” anche se poi l’A. tiene fermo condivisibilmente la normale alea che caratterizza una proposta di pagamento generata da una cessione dei beni a creditori.

²⁵ Nella relazione al disegno di legge consultabile su www.camera.it/uri-res/N2Ls?urn:camera-it:parlamento...camera:...:3201 si apprende come “ *la possibilità di un’apertura al mercato al di sotto di tale soglia, più alta della media di soddisfacimento attualmente realizzata, dovrebbe rappresentare un incentivo per il debitore a far emergere prima la crisi, la previsione di tale soglia minima inoltre ha la funzione di garantire la serietà della proposta del debitore* “. Perplexità sul punto sono state espresse da FABIANI, “*L’ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*“, in *Il caso.it*

²⁶ Già abbiamo visto come non si pone un problema di esproprio senza indennizzo. Rimato *op. cit.* , in senso conforme FABIANI, “*op. cit.* alla nota precedente.

²⁷ FABIANI, “*Il concordato preventivo*“, Commentario del codice civile e codici collegati, Scialoja – Branca – Galgano, Bologna, 2014, 55.

IV (“ In ogni caso la proposta di concordato deve assicurare il pagamento di almeno il 20 per cento dell’ammontare dei crediti chirografari. La disposizione di cui al presente comma non si applica al concordato con continuità di cui all’art. 186 – bis “)²⁸ , ma ha anche modificato, novellandolo, la lettera e) del II comma dell’art. 161 L.F. (“ in ogni caso la proposta deve indicare l’utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore “). Tornando all’interrogativo di cui sopra ritengo che “l’*argumentum a contrario* “ confermi l’esattezza del postulato. Se il legislatore dell’agosto scorso non ha obliterato a forme di soddisfazione alternative al pagamento²⁹ [riassumibili nell’ inciso di cui alla lettera a) dell’art. 160 L.F. (“ la soddisfazione del crediti in qualsiasi forma “)], è evidente, per converso, che le ha intese mantenere nel sistema, altrimenti la riforma del 2005 caratterizzata dalla anticipata delle proposte³⁰ sarebbe stata cancellata in un solo colpo. Da qui l’inammissibilità delle proposte concorrenti, laddove quella principale si risolve in forme di soddisfazione diverse dal pagamento. Tra la soddisfazione e l’utilità di cui alla lettera “e “ dell’art. 160 L.F. vi è una interazione diretta : ciò che soddisfa il creditore gli è anche economicamente utile e viceversa : sicché tutte le forme di soddisfazione dei creditori alternative al pagamento sono a costoro anche utili economicamente. Lo sbarramento del venti per cento rileverà quindi esclusivamente riguardo ai concordati liquidatori³¹ - visti con sfavore dal legislatore - che genereranno un pagamento ³², non riguarderà viceversa quelle forme di concordato che procureranno una mera soddisfazione ai creditori in quanto per costoro economicamente utili . Bisognerà però a questo punto avere le idee ben chiare su cosa si intende per “ *cessione dei beni ai creditori*

²⁸ Con la riforma dell’art. 160 IV comma tornano attuali le riflessioni di SANDULLI secondo il quale il sistema del 1942 che prevedeva l’integrale pagamento dei privilegiati ed i chirografari nella misura del quaranta per cento aveva un ben preciso significato “*supponevano una situazione patrimoniale ancora capiente, pur se non completamente sufficiente*”, *I controlli delle società come strumenti di tempestiva rilevazione della crisi d’impresa* “, in *Il fallimento*, 9/2009,1100.

²⁹ In senso conforme GALLETTI, in “ *E’ ancora attuale dopo la riforma “ d’urgenza “ il tractatus misteriosoficus delle sezioni unite ? Il fallimentarista* , 2015, il quale, ha ragione paventa anche l’ammissibilità di una CTU finalizzata ad individuare le soglie di inammissibilità delle proposte concorrenti.

³⁰ FABIANI, *op. cit.*, nota precedente, 178

³¹ Cfr. GALLETTI, *op. cit.* : mette in guardia, a ragione, circa un abuso dello strumento della continuità aziendale indiretta che celi nella sostanza una liquidazione del complesso aziendale.

³² Un pagamento generato da un concordato con garanzia non rileva in questa sede in quanto la garanzia comunque si risolve in un quid aggiuntivo al patrimonio del debitore destinato *ex lege* al soddisfacimento delle pretese dei terzi creditori.

“, in quanto il sintagma appare polisemico³³. L’attenzione quindi si sposterà sul versante della proposta, meglio ancora sulla retta interpretazione della stessa³⁴. Innanzitutto non genererà un pagamento una cessione traslativa dei beni ai creditori, siffatta cessione si risolverà in una *datio in solutum* costituiva di una comunione pro indiviso tra tutti i creditori i quali col voto hanno accettato siffatta modalità di ristrutturazione del debito del comune debitore, vi è qui una esclusione della regola di cui all’art. 1984 del cod. civile³⁵. Né lo sbarramento del venti per cento troverà applicazione nel caso in cui l’imprenditore si obbligherà a mettere a disposizione dei creditori l’intero patrimonio così da non garantire alcun pagamento in una percentuale ben determinata³⁶. Viceversa laddove un impegno di pagamento risulti univoco, la soglia minima del venti per cento va rispettata: pena l’inammissibilità della proposta³⁷. I poteri del Tribunale quindi - almeno nella prima fase che si esaurirà col decreto ex art. 162 L.F. – saranno davvero più penetranti rispetto recente passato, tanto da assorbire così da vanificare l’indagine sulla realizzabilità della causa in concreto, in quanto il legislatore con la soglia di ammissibilità al venti per cento, di fatto lo ha tipicizzata. L’indagine sulla realizzabilità della causa in concreto demandata al Tribunale poteva avere un senso prima della riforma del 2015 in quanto la proposta non era per legge ancorata ad un numerario ben preciso, ma ora che un numero c’è, l’indagine inevitabilmente sarà diversa. Pertanto limitatamente alla prima fase il Tribunale assommerà a sé oltre all’immanente giudizio sulla fattibilità giuridica del piano e della proposta, secondo i consueti parametri elaborati dalla giurisprudenza, anche una valutazione sul merito, che passerà necessariamente attraverso una meticolosa valutazione della fattibilità economica del piano funzionale all’assicurazione del pagamento del venti per cento in favore dei chirografari che sarà esercitata – come sappiamo - non solo sulla completezza e congruità logica dell’attestazione del professionista, ma consisterà anche nella

³³ Il trasferimento dei beni ad un terzo perché successivamente provveda alla liquidazione non si discosta, come sopra evidenziata, dalla ipotesi di cessione dei beni ai creditori fatta dal debitore senza l’assunzione di alcun vincolo di pagamento; mentre il trasferimento di poteri gestori ad un terzo affinché provveda al pagamento dei creditori concorsuali si avvicina più ad un concordato con continuità indiretta che non ad un concordato liquidatorio. Per ulteriori approfondimenti si rinvia a LO CASCIO, “ *il concordato preventivo*”, MILANO, 2002; 638 e segg.

³⁴ L’interpretazione della proposta costituisce un giudizio di fatto che se adeguatamente motivato è incensurabile in cassazione Cass. 1975/69; Cass.11027/13 consultabile su *Ilcaso.it*

³⁵ Tribunale di Firenze, 21 maggio 2009, in *foro toscano*, 2010, fasc. I, 89.

³⁶Cfr. Cass. 6022/14, consultabile su *Ilcaso.it*.

³⁷ In senso conforme AMBROSINI, *op. cit.*

verifica diretta del presupposto stesso, meglio ancora dei presupposti stessi (cass. n. 11423/del 2001). Ammesso il debitore alla procedura laddove la proposta sia contenuta nei limiti fissati dal novellato art. 163 L.F. (vale a dire entro il quaranta per cento in favore dei chirografari se liquidatorio, entro il trenta se per continuità) con quella del debitore competeranno le proposte di terzi. E sarà solo nelle successive fasi in cui si snoderà il procedimento che si ristabiliranno le ordinarie regole forgiate dalla giurisprudenza di legittimità a partire dalla ormai famosa S.U. n. 1531/2013. Per completezza d'indagine va detto che nulla esclude che le proposte concorrenti siano tra di loro “ *non comparabili* “ vale a dire eterogenee ³⁸: se il debitore per esempio ha optato per la continuità che generi il trenta per cento di soddisfazione per i chirografari nulla esclude l'ammissibilità di una proposta concorrente che si fondi sulla liquidazione del complesso aziendale qualora il piano prospetti risultati superiori. Per quanto la novella del 2015 privilegia la continuità aziendale non si deve dimenticare che la causa del concordato è finalizzata alla soddisfazione dei creditori e non al mantenimento dei complessi aziendali³⁹

5. IL VOTO SULLE PROPOSTE CONCORRENTI E CONFLITTO DI INTERESSI TRA PROPONENTI

Superato il vaglio di ammissibilità, sulle proposte concorrenti dovranno esprimersi i creditori attraverso il voto nell'apposita adunanza fissata ai sensi dell'art.163 L.F.. Il congegno di selezione della proposta - idonea secondo i creditori ad appagare maggiormente le aspettative di soddisfazione dei loro rispettivi crediti - è stato dal legislatore del 2015 regolamentato nel primo comma, ultima parte dell'art. 177 L.F. attraverso un complesso meccanismo che inevitabilmente porterà ad una dispersione dei voti⁴⁰ ed un maggior allungamento del concorso concordatario, con buona pace del maggior limite dei nove mesi

³⁸ Di comparabilità si parla per le offerte concorrenti là dove il legislatore nell'art. 163 bis nel dettare i contenuti del decreto di apertura della competizione prevede che “ *ne sia assicurata in ogni caso la comparabilità* “. E' questo uno degli argomenti che depongono per la disapplicazione analogica delle rispettive norme.Cfr. RIMATO, *op. cit.* .

³⁹ Rileva giustamente FABIANI, in “*L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*”, in *Il caso.it* come “ *il concordato non è uno strumento di risanamento delle imprese, ma una procedura di concorso per il soddisfacimento dei creditori. Se si vuole trasformare il concordato preventivo in una amministrazione straordinaria negoziata lo si dica, ma sino a quando così non sarà, è inutile declamare i valori della continuità; per i creditori è meglio un concordato preventivo liquidatorio ricco (quanto basta) che un concordato in continuità povero. Per tale ragione le proposte concorrenti ben possono avere un contenuto del tutto disomogeneo da quella del debitore*”.

⁴⁰ Concordano sulla dispersione dei voti FABIANI in “*L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*”, in *Il caso.it*, nonché BOZZA, *Brevi considerazioni su alcune norme dell'ultima riforma*“, in *Fallimenti e Società.it*, 2015.

stabilito dal legislatore nell'art. 3 del D.L. 27 giugno 2015, n. 83 che ha innovato l'art. 181 L.F. Dalla riforma del concordato preventivo però gemma, come d'incanto, un valore sistematico così da accostarlo maggiormente alla disciplina del conflitto di interessi di cui all'art.2373 del codice civile⁴¹. E' noto come la disciplina positiva del conflitto di interessi abbia trovato decise resistenze ad affermarsi nel sistema concorsuale, sbarramento recentemente confermato anche dalla S.C. con la sentenza n. 3274/11 , ma la riforma del 2015, col negare il voto ai creditori proponenti il concordato ovvero ad ammetterli a condizione del raggruppamento in una autonoma classe, sottende una scelta a rima obbligata di riconoscimento dell'istituto nel percorso concordatario. Nel preciso momento in cui il concordato preventivo si apre al mercato, la disciplina del conflitto di interessi mediata dalla formazione delle classi, troverà ingresso nel concordato preventivo. Il tema, per la sua complessità, di certo non può essere approfondito in questa sede , ma , se la stella polare che guida i creditori è quella del migliore soddisfacimento degli stessi rispetto alle alternative concretamente praticabili⁴², un equilibrato rapporto tra siffatti interessi passerà inevitabilmente attraverso la formazione delle classi che fungeranno da camera di compensazione ovvero sterilizzazione del conflitto⁴³.

6. CONCLUSIONI

L'apertura alle proposte concorrenti, eleva il mercato a selezionatore degli interessi in gioco. Il baricentro allora inevitabilmente si sposterà sul versante dell'analisi economica del diritto, quindi delle regole che attualmente governano il mercato; in particolare il nostro, calato ovviamente in una dimensione globale. Qui il discorso diventa opaco, quasi sfugge al giurista nostrano, abituato a ragionare a livello sistematico, sulle norme e sulla tenuta costituzionale delle stesse; ciò che però appare

⁴¹ Cfr. D'ATTORRE, " *l'attribuzione ai creditori di partecipazioni sociali tra par condicio credito rum e principio di eguaglianza tra soci* " in *Diritto delle società*, 2011, 852,877

⁴² PATTI " *il miglior soddisfacimento dei creditori:una clausola generale per il concordato preventivo?*"in *In Fallimento.it*, 9/2013, 1099

⁴³ Sul punto rinvio alle considerazioni espresse da FABIANI, " *Il concordato preventivo* ", Commentario del codice civile e codici collegati, Scialoja – Branca – Galgano, Bologna, 2014, 227.

difficile da dimenticare, costituendo baluardo della propria esperienza, è la saggia lezione che la storia gli ha consegnato, riassumibile nel sintagma: fallimento del mercato.

Alessandro Rimato