



Convegni di studio òAdolfo Beria di Argentineò
su problemi attuali di diritto e procedura civile
della Fondazione Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale

XXX Convegno di studio su

**LE PROCEDURE CONCURSUALI VERSO LA RIFORMA TRA DIRITTO ITALIANO E
DIRITTO EUROPEO**

Courmayeur, 23-24 settembre 2016

Il diritto concorsuale tra passato e futuro: introduzione

PAOLO MONTALENTI
ordinario di diritto commerciale nell'Università degli Studi di Torino

SOMMARIO: I. LO STATO DELL'ARTE. ó 1. L'evoluzione del diritto concorsuale. ó 2. Gli interessi sottesi. ó 3. La riforma 2005/2006. ó 4. Il concordato con continuità aziendale e il concordato in bianco (2012/2013). ó 5. Gli interventi correttivi del 2015 e del 2016. ó 6. Recenti provvedimenti. ó II. LO STATO DELL'ARTE. ó 7. I dati statistici. ó 8. I dati statistici: conclusioni. ó III. LA RIFORMA RORDORF. ó 9. La riforma Rordorf: i principi. ó 10. I nuovi istituti. ó 11. Il disegno sistematico. ó 12. I principi generali. ó 13. Le procedure di allerta: i precedenti. ó 14. Le procedure di allerta: criticità. ó 15. Il concordato preventivo. ó 16. Piani di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti. ó 17. I gruppi. ó 18. La procedura di liquidazione giudiziale. ó 19. Il raccordo con il diritto societario. ó 20. L'amministrazione straordinaria. ó 21. Conclusioni.

I. LO STATO DELL'ARTE

1. *L'evoluzione del diritto concorsuale.*

Il diritto concorsuale nella lenta emancipazione ó nell'ordinamento italiano ó dal brocardo medioevale *decoctor ergo fraudator*¹ vede sottese, sia nelle linee di politica legislativa sia nella evoluzione di singoli istituti², categorie di interessi dialetticamente correlate che, sia pure nel quadro di una sintetica e quindi approssimativa semplificazione, possono essere di ausilio all'interprete nella ricerca di un equilibrio razionale che a volte sembra, per il vero, opacizzarsi.

2. *Gli interessi sottesi.*

La prima contrapposizione di interessi sottesi al problema della soluzione della crisi dell'impresa è nell'antinomia tra (i) procedure concorsuali mirate all'espulsione dal mercato dell'impresa decotta e (ii) procedure finalizzate al recupero del valore dell'impresa e della continuità aziendale.

3. *La riforma 2005/2006.*

3.1. Il primo segnale evolutivo verso una più appropriata regolazione degli strumenti recuperatori ó rispetto alla fase storica dell'uso alternativo, o distorto, delle procedure concorsuali minori ó tralasciando qui il tema dell'amministrazione straordinaria ó si ha con la riforma del 2005/2006 (L. 14 maggio 2005, n. 80; d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5).

Pur nel solco dell'impianto tradizionale, assistiamo ad una focalizzazione del recupero dei valori dell'impresa in crisi che incrina alcuni principi storici: la priorità assoluta della tutela dei creditori; la marginalità residuale delle procedure recuperatorie.

3.2. Sotto il primo profilo *l'attenuazione degli effetti dell'azione revocatoria* è particolarmente significativa, in specie in termini di salvaguardia dei pagamenti funzionali

¹ Si veda quanto scriveva BALDO DEGLI UBALDI, *Consilia*, Vol. V, Venezia, 1575, p. 399 «*Falliti sunt infami et infamissimi et more antiquissimae legis tradi creditoris laniandi (í) Nec excusantur ob adversam fortunam est decoctor ergo fraudator; sic lex enim vocat eos, unde edictum fraudatorium*».

² Si vedano, in argomento A. JORIO, *Introduzione generale alla disciplina delle crisi d'impresa*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da A. Jorio e B. Sassani, Milano, 2014, I, 3 ss.; AA.VV., *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da O. Cagnasso e L. Panzani, Torino, 2016. Vedi altresì, sulle riforme più recenti AA.VV., *La nuova mini-riforma della legge fallimentare*, a cura di M. Sandulli e G. D'Attorre, Torino, 2016; S. AMBROSINI, *La nuova crisi d'impresa. L. 132/15 e prossima riforma organica. Disciplina, problemi, materiali*, Bologna, 2016, 1 ss.

all'esercizio ordinario [cfr. art. 67, comma 3, lett. a) e lett. c), ult. parte l.f.] e di tutela ó e perciò di *favor*, nelle fasi fisiologiche ó del credito bancario [cfr. art. 67, lett. b) l.f.] (L. 14 maggio 2005, n. 80).

3.3. Sotto il secondo profilo, emergono strumenti fortemente innovativi ó e largamente accolti dalla pratica ó: il *piano attestato* «che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurarne il riequilibrio della situazione finanziaria» (art. 67, comma 3, lett. d) l.f.), gli *accordi di ristrutturazione dei debiti* (art. 182-bis l.f.), (istituti inseriti dalla L. 14 maggio 2005, n. 80), nonché la innovativa disciplina dell'*esercizio provvisorio* (art. 104 l.f. inserito dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5) e della prosecuzione del contratto di affitto di azienda (art. 80-bis, l.f., parimenti introdotto dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5).

4. *Il concordato con continuità aziendale e il concordato in bianco (2012/2013).*

4.1. Il *favor* per le procedure recuperatorie si rafforza nel 2012 con l'introduzione, anzitutto, del *concordato con continuità aziendale* (art. 186-bis), (L. 7 agosto 2012, n. 134), procedura òrecuperatoriaö per eccellenza perché finalizzata alla «prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società».

4.2. Espressione netta di un *favor* per l'autotutela degli interessi dell'impresa, che trae ispirazione dall'istituto dell'*automatic stay* proprio del diritto statunitense, è poi la previsione del c.d. *concordato in bianco o con riserva* (art. 161, comma 6, l.f.) (istituto introdotto con L. 7 agosto 2012, n. 134), che consente di procrastinare di sessanta o centoventi giorni la proposta di concordato con la possibilità di compiere atti di ordinaria amministrazione e anche di straordinaria amministrazione su autorizzazione del tribunale ed ancora ó il punto è particolarmente rilevante ó di assicurare la prededuzione ai nuovi creditori (così il comma 7, dell'art. 161, l.f. introdotto anch'esso dalla L. 134/2012).

4.3. Ma il pendolo tra autotutela ed eterotutela ha nuovamente oscillato. Anche su pressione delle associazioni imprenditoriali, fortemente orientate, prima, a favore delle procedure recuperatorie, alternative al fallimento, critiche, poi, per i rischi di abuso, il legislatore ha introdotto diversi correttivi.

4.4. Con la L. 9 agosto 2013, n. 98 si è anzitutto stabilito che «con decreto motivato» «che fissa il termine di cui al primo periodo il tribunale può nominare il commissario giudiziale»: una risposta apprezzata al fenomeno di abuso del concordato con riserva. Con il medesimo provvedimento legislativo sono stati introdotti inoltre alcuni correttivi ulteriori ó e cioè l'indicazione, nella proposta, dell'elenco dei creditori e dei crediti (art. 161, comma 6, l.f.) e il parere del commissario sugli atti urgenti di straordinaria amministrazione (art. 161, comma 7, l.f.).

4.5. Si deve ancora ricordare la disciplina relativa al *sovraindebitamento* di cui alla L. 27.1.2012, n. 3, come modificata dal d.l. 18.10.2012, n. 179 convertito con modificazioni dalla L. 17.12.2012, n. 221.

5. *Gli interventi correttivi del 2015 e del 2016.*

5.1. La õcorrezione di rottaö è proseguita nel 2015 e nel 2016³.

Con la L. 6 agosto 2015, n. 132 il legislatore ha apportato un ennesimo intervento correttivo. Le principali innovazioni sono state:

- (i) la previsione che la proposta di concordato indichi la *utilità* specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore [art. 161, comma 2, lett. e) ult. parte];
- (ii) la previsione ó nel concordato liquidatorio o prevalentemente liquidatorio ó della *soglia minima del 20%* di soddisfazione dei chirografari;
- (iii) la *eliminazione del silenzio-assenso* da parte dei creditori;
- (iv) la disciplina delle *proposte concorrenti* (art. 163, commi 4 e segg.) e delle *offerte concorrenti* (art. 163-bis);
- (v) la *modificabilità della domanda* (e la rinuncia);
- (vi) alcune novità in tema di *contratti pendenti*;
- (vii) novità in tema di *finanza interinale*.

Un provvedimento non privo di criticità per la fissazione, come meglio dirò, della soglia minima ma anche per gli interrogativi che le nuove regole in tema di offerte concorrenti, se pur ispirate al condivisibile principio di competitività, sollevano in sede applicativa⁴.

6. *Recenti provvedimenti.*

E non mi soffermo sulle ultime innovazioni ó in tema di õpatto marcianoö, di pegno mobiliare non possessorio di ripartizione dellattivo, di nomina del comitato dei creditori, di udienza per l'esame dello stato passivo in via telematica, di procedimento di ripartizione ó introdotte con il D.l. 3 maggio 2016, n. 59, convertito in L. 30.06.2016, n. 119.

II. LO STATO DELLARTE

7. *I dati statistici.*

7.1. I dati statistici hanno ó come per tutti gli istituti⁵ ó un significato rilevante, se pure ó è ovvio ó da interpretare.

Pregevole un recente studio sui concordati preventivi del Tribunale di Milano⁶ che fornisce indicazioni utili, a mio avviso, anche per il legislatore futuro, attesa la centralità che l'area ambrosiana ha nel mondo dell'impresa.

7.2. Le domande di concordato ó evidentemente in relazione agli effetti della crisi ó registrano, dal 2005 al 2015, un aumento progressivo e costante con un picco vertiginoso nel 2013 (+ 103% con 4.629 domande di pre-concordato di cui circa un terzo si è trasformato in concordato).

³ Si veda in argomento AA.VV., *La nuova mini-riforma della legge fallimentare*, a cura di M. Sandulli e G. DeAttorre, Torino, 2016; S. AMBROSINI, *La nuova crisi d'impresa. L. 132/15 e prossima riforma organica. Disciplina, problemi, materiali*, Bologna, 2016, 1 ss.

⁴ Si vedano i puntuali rilievi di A. JORIO, *La parabola del concordato preventivo: dieci anni di riforme e controriforme*, in *Giur. comm.*, I, 2016, p. 15 ss.

⁵ Con riferimento al diritto societario sia consentito il rinvio a P. MONTALENTI, *La riforma del diritto societario. Dottrina, giurisprudenza, prassi applicative alla luce dei dati statistici: spunti di riflessione*, in *Giur. comm.*, I, 2006, p. 504 ss. e vedi altresì M. NOTARI, *Note a margine dei primi dati statistici sugli effetti della riforma delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2006.

⁶ A. DANOVI, P. RIVA, M. AZZOLA, *Alcune osservazioni empiriche sui concordati preventivi del Tribunale di Milano*.

7.3. Il concordato in bianco, dopo il *boom post* «Decreto sviluppo» ó 146 richieste in poco più di tre mesi ó si attesta su di un numero di domande «calmierato» (252 domande nel 2014 e 191 nel 2015 contro le 340 domande del 2013).

7.4. Il successo dell'istituto pare però adeguato: nel 47% dei casi il piano è depositato entro la scadenza; la revoca del proponente si attesta sul 15%.

I concordati ammessi e omologati tra il 2005 e il 2014 sono, rispettivamente, l'84% e il 15%.

I concordati in continuità diretta tra il 2005 e il 2011 sono, in media il 13%, in continuità indiretta, in media, il 36%; i concordati liquidatori ó il dato è particolarmente interessante (per le ragioni che dirò) ó sono in percentuale molto elevata: dal 20% nel 2005 al 70% nel 2008 e 2009 al 57% nel 2011: in media il 50,5%.

7.5. La percentuale media di soddisfacimento dei creditori è del 28%.

Ma la nuova percentuale di soddisfacimento dei creditori pari al 20% fa sì che ben il 50% delle procedure analizzate non avrebbe avuto neppure la possibilità di essere presentata.

8. *I dati statistici: conclusioni.*

8.1. Due conclusioni possono qui rassegnarsi.

La prima è che il movimento pendolare dall'autotutela all'eterotutela non pare avere giustificazione: per quale ragione il grado di soddisfazione dei creditori deve essere affidato all'imperio della legge e non invece alla libera determinazione dell'autonomia privata atteso che l'esperienza dimostra come la liquidazione fallimentare sia, di regola, penalizzante?

8.2. La seconda conclusione anticipa una riflessione sul disegno di riforma: attesa la numerosità dei concordati liquidatori, atteso il risultato di regola meno remunerativo della liquidazione fallimentare, è davvero ragionevole ó come ha proposto la Commissione di Rordorf ó «prevedere l'inammissibilità di proposte che í abbiano natura essenzialmente liquidatoria» [Cfr. Art. 6, comma 1, lett. a) Disegno di legge]?

Non scernerà ó una norma siffatta ó la fine del concordato preventivo?

III.

LA RIFORMA RORDORF.

9. *La riforma Rordorf: i principi.*

Ed eccoci alla riforma Rordorf⁷, cioè allo «Schema di disegno di legge delega» della Commissione presieduta dal Presidente Rordorf approvato, ma con numerose modifiche ó non sempre condivisibili ó, come Disegno di legge delega dal governo il 10 febbraio 2016, presentato alla Camera dei Deputati l'1 marzo 2016 e deliberato dall'Assemblea il 18 maggio 2016.

Per ragioni che, francamente, non paiono facilmente comprensibili il progetto unitario si è duplicato in due disegni di legge distinti, uno dedicato alla crisi di impresa e all'insolvenza; il secondo all'amministrazione straordinaria. Più precisamente il primo ó N. 3671-bis ó consiste nella *Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza* (Testo

⁷ Su cui vedi, per tutti, A. JORIO, *Relazione introduttiva a La riforma della legge fallimentare: le proposte della Commissione Rordorf, una giornata dedicata a Franco Bonelli*; M. ARATO, *La riforma organica delle procedure concorsuali nel disegno di legge delega elaborato dalla Commissione Rordorf*, in AA.VV., *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da O. Cagnasso e L. Panzani, Tomo III, 2016, p. 4527 ss.; S. AMBROSINI, *La nuova crisi d'impresa*, cit.

risultante dallo stralcio dell'articolo 15 del disegno di legge n. 3671), deliberato dall'Assemblea il 18 maggio 2016.

Il secondo ó N. 3671-ter ó contiene la *Delega al Governo in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza* (Già articolo 15 del disegno di legge n. 3671), stralciato con deliberazione dell'Assemblea il 18 maggio 2016.

L'obiettivo della Commissione Rordorf di procedere ad una riforma unitaria, organica e sistematica sembra già messo in discussione.

Le principali innovazioni contenute nel disegno di legge delega ó sul piano dei principi (cfr. Art. 2, *Principi generali*) ó possono così schematizzarsi:

- (i) la sostituzione del termine «fallimento» con termini quali «insolvenza» o «liquidazione giudiziale»;
- (ii) l'introduzione delle nozioni di «stato di crisi» come «probabilità di futura insolvenza»;
- (iii) l'adozione di un nuovo modello processuale;
- (iv) l'assoggettamento a liquidazione giudiziale anche dell'imprenditore agricolo;
- (v) l'assegnazione di un ruolo primario agli istituti che comportino il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale, in particolare con la procedura di allerta.

10. I nuovi istituti.

Le regole di disciplina più significative possono individuarsi come segue:

- (i) la specifica disciplina dell'*insolvenza dei gruppi d'impresa* (Art. 3);
- (ii) l'introduzione delle *procedure di allerta e composizione assistita della crisi* (Art. 4); procedure di natura non giudiziale e confidenziale affidate a organismi di composizione della crisi;
- (iii) riforma significativa e degli *accordi di ristrutturazione dei debiti* (Art. 5) e del *concordato preventivo* (Art. 6), in particolare con (a) la previsione della legittimazione del terzo a proporre il concordato; (b) l'ammissibilità di proposte esclusivamente liquidatorie solo in caso di apporto di risorse esterne; (c) la determinazione di compensi massimi dei professionisti; (d) l'esplicitazione dei poteri del Tribunale, in particolare, sulla fattibilità del piano.

In particolare segnalo come nell'ultimo testo siano state introdotte

- (iv) significative *modificazioni del diritto societario*, come, ad esempio, la previsione dell'applicabilità dell'art. 2409 alla s.r.l., la previsione dell'azione dei creditori sociali nei confronti degli amministratori, la espresa imposizione della previsione di meccanismi di allerta come elemento dell'adeguatezza degli assetti organizzativi.

Vorrei concentrare la riflessione su alcuni segmenti del progetto di riforma che presentano, pur in un quadro complessivamente meritevole di un giudizio positivo, alcuni profili di criticità: (i) le procedure di allerta (art. 4), (ii) la procedura di concordato preventivo, (iii) la disciplina della crisi e dell'insolvenza di gruppo, (iv) le disposizioni di diritto societario.

11. Il disegno sistematico.

Non vi è dubbio che l'esigenza di un «approccio di riforma, non più episodico ed emergenziale bensì sistematico e organico» in un settore dell'ordinamento evolutosi come un mosaico *in fieri* sotto la spinta di esigenze contingenti, di linee di politica legislativa non sempre coerenti, di frequenti correzioni di rotta, è largamente e giustamente condivisa, anche per l'impulso dell'Unione Europea (si vedano la Raccomandazione n. 2014/135/UE della Commissione del 12 marzo 2014 e il Regolamento (UE) 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, relativo alle procedure di insolvenza).

12. *I principi generali.*

12.1. I principi generali ó sostituzione del termine fallimento, eliminazione del fallimento d'ufficio, nozione di stato di crisi, unico modello processuale, estensione della categoria dei debitori, priorità ó ove possibile ó degli strumenti volti ad assicurare la continuità aziendale, razionalizzazione del processo (cfr. Art. 2. *Principi generali*) ó sono largamente condivisibili anche se qualche riflessione critica può ó anche su questo terreno preliminare ó essere formulata.

12.2. Dopo decenni di dibattito sui concetti generali ó insolvenza, insolvenza reversibile, insolvenza temporanea, stato di crisi ó si legge nella presentazione del disegno di legge che òè necessario definire in modo non equivoco alcune nozioni fondamentali nella materia in esame, a cominciare ó si puntualizza ó da quella di «crisi» (che non equivale all'insolvenza in atto, ma implica *un pericolo di futura insolvenza*) e di «insolvenza» (che è peraltro una nozione già sufficientemente collaudata í e quindi non sembra necessario modificarla)ó⁸.

Ma la norma delegante non pare del tutto coerente con la premessa: lo stato di crisi non è definito come situazione di *pericolo di insolvenza*ó, bensì come situazione di *probabilità di futura insolvenza*ó (art. 2, lett. c). Pare così crearsi una contraddizione logica perché le procedure dirette alla prevenzione dell'insolvenza ó cioè la procedura di allerta, l'intervento òin una fase precoceó (cito sempre dalla presentazione del disegno di legge), nonché i piani attestati di risanamento, gli accordi di ristrutturazione dei debiti, il concordato preventivo (che non si vuole più liquidatorio) ó dovrebbero essere mirate alla prevenzione del *pericolo* di futura insolvenzaó e non soltanto della *probabilità* di insolvenza: più precisamente a me pare che prevedere l'intervento preventivo, in particolare le procedure di allerta, soltanto nella fase in cui l'insolvenza sia già probabile rischierebbe di condurre, considerata la resistenza delle imprese alla prevenzione, ad attivazioni tardive.

13. *Le procedure di allerta: i precedenti.*

Venendo ai singoli istituti, non è dubbio che una delle novità più significative del progetto di riforma è l'introduzione delle *Procedure di allerta e di composizione assistita della crisi*⁹.

L'incapacità delle imprese italiane ó per lo più medie o piccole imprese ó di promuovere autonomamente processi di ristrutturazione precoce» ó giustamente stigmatizzata nella presentazione del disegno di legge ó, gli esempi plurimi offerti da altri ordinamenti ó si pensi, in particolare, alla Francia ó, gli inviti dell'Unione europea ed offrire alle imprese «servizi di sostegno í in tema di ristrutturazione precoce», i suggerimenti già emersi nella Commissione Trevisanato, giustificano pienamente l'introduzione del nuovo istituto.

14. *Le procedure di allerta: criticità.*

14.1. Gli elementi caratterizzanti del nuovo istituto, le *Procedure di allerta*, in particolare in relazione alle modifiche introdotte dal Governo, suscitano, tuttavia, alcune perplessità. Infatti, da un lato, per non disincentivare l'accesso, si stabilisce, opportunamente, che la procedura ha «natura non giudiziale e confidenziale». Dall'altro lato, di là dalla óscommessaó sull'efficienza delle sezioni specializzate degli organismi di composizione della crisi¹⁰, si prevedono doveri di attivazione che contrastano in modo stridente con la confidenzialità: così è per gli obblighi di segnalazione dei creditori qualificati (Agenzia delle Entrate, enti previdenziali ecc.) [art. 4, comma 1, lett. c)], a cui

⁸ Disegno di legge n. 3671, 11 marzo 2016, p. 2.

⁹ In argomento si veda, per tutti, anche per i riferimenti, A. JORIO, *Su allerta e dintorni*, in *Giur. comm.*, 2016, I, p. 261 ss.

¹⁰ Si vedano le perplessità espresse da A. JORIO, *Su allerta e dintorni*, cit., p. 267.

segue una sorta di *escalation* procedurale che non si limita all'organismo di composizione della crisi [lett. d)] ma si estende al soggetto incaricato di addivenire ad una soluzione concordata della crisi [lett. e)], al giudice, a cui il debitore può rivolgersi per chiedere l'adozione delle «misure protettive necessarie per condurre a termine le trattative in corso» [lett. f)], sino alla comunicazione negativa al Presidente della sezione specializzata in materia d'impresa [lett. h]): un'eventuale fase giurisdizionale introdotta dal Consiglio dei Ministri in sede di approvazione del disegno di legge e non prevista nello schema della Commissione Rordorf.

E il punto ancor più delicato consiste nella previsione o a fronte di, peraltro non precisate, misure premiali o delle *misure sanzionatorie* per chi «ostacoli» o «non si ricorra» alla procedura [lett. g)].

14.2. Ed infatti: *in primis* il giudizio negativo sull'adoneità delle misure è affidato o senza precisazione alcuna sul rispetto del principio del contraddittorio o all'organismo di composizione della crisi [lett. h)] per l'attivazione dei poteri istruttori del Presidente della sezione specializzata [lett. i)]. In secondo luogo o ecco il punto a mio avviso più discutibile o l'ostacolo, e quindi anche o parrebbe o l'adoneità delle misure, può configurare «un'ulteriore fattispecie di bancarotta semplice» [lett. g)].

Il rischio di incorrere in un reato anche nel caso di previsione di misure non condivise dell'organismo di conciliazione rischia o temo o di pregiudicare fortemente il successo del nuovo strumento.

15. Il concordato preventivo.

15.1. Per quanto riguarda poi il *concordato preventivo*, i rilievi critici non sono irrilevanti.

In tema di *legittimazione del terzo* si fa riferimento allo «stato di insolvenza» [art. 6, comma 1, lett. b)]: ma il presupposto non è più lo «stato di crisi» (e cfr. art. 160, comma 1, l. fall.) che si vuole più nettamente differenziare dallo stato di insolvenza?

Si precisa nella relazione che l'obiettivo è evitare abusi dei creditori: «per evitare comportamenti abusivi a danno del debitore o si è scritto o, il disegno di legge delega prevede che i terzi siano legittimati a presentare una proposta di concordato preventivo solo qualora il debitore si trovi in stato di insolvenza, e non anche quando si trovi in stato di crisi. Solamente qualora l'imprenditore sia insolvente tutti gli attivi spettano ai creditori, pertanto è solo in tale ipotesi che appare giustificabile consentire al terzo di presentare una proposta di concordato preventivo ed, eventualmente, di prendere il controllo dell'impresa del debitore. Al contrario, se fosse consentito al terzo presentare una proposta di concordato anche nel caso in cui il debitore versi in stato di crisi, la norma potrebbe esporsi a possibili censure di incostituzionalità per contrasto con l'art. 42 Cost., in quanto priverebbe il debitore della proprietà privata dell'impresa o senza prevedere alcun indennizzo»¹¹.

Ma l'equivoco a mio parere rimane.

15.2. Come si è già detto, non si comprende poi la previsione di *inammissibilità delle proposte di «natura essenzialmente liquidatoria»* [art. 6, comma 1, lett. b)], in quanto ciò significa ridurre drasticamente il ricorso al concordato espandendo l'area della liquidazione giudiziale: qual è il vantaggio per i creditori?

15.3. Nel difficile bilanciamento tra autonomia ed *imperium*, si sposta poi il pendolo verso il polo o'pubblicistico: perché si vuole affidare al Tribunale non solo la valutazione della fattibilità del piano ma anche la *realizzabilità economica* (art. 6, lett. f) che rischia di invadere la valutazione di convenienza che dovrebbe essere di competenza esclusiva dei creditori?

¹¹ Così ARATO, *op. cit.*, p. 4549.

16. *Piani di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti.*

In questa materia si introducono alcune misure integrative.

In sintesi ó all'articolo 5 ó si prevede: «a) al fine di favorire l'approvazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti, l'eliminazione o l'abbassamento della soglia dei crediti (oggi fissata al sessanta per cento) prevista per l'approvazione dell'accordo nelle ipotesi in cui il debitore non proponga una moratoria del pagamento dei creditori estranei ai sensi dell'attuale 1° comma dell'art. 182-bis l. fall., né richieda le misure di protezione di cui al vigente art. 182-bis, 6° comma, l. fall.; b) l'estensione degli effetti dell'accordo anche ai soci illimitatamente responsabili; c) la possibilità di estendere gli effetti dell'accordo di ristrutturazione o della convenzione di moratoria anche ai creditori estranei appartenenti a una o più categorie omogenee mediante un procedimento modellato su quello previsto dall'art. 182-septies l. fall. espressamente richiamato dal disegno di legge».

17. *I gruppi.*

Un'osservazione finale in tema di *gruppi*. L'esigenza di una visione di gruppo della crisi è certamente condivisibile.

Ma un punto rimane oscuro: le procedure si applicano a tutte le imprese del gruppo indipendentemente dallo stato, di crisi o di insolvenza, delle singole imprese?

La procedura non dovrebbe applicarsi alle imprese *in bonis* ma esclusivamente alle imprese facenti parte del gruppo che si trovino, singolarmente considerate, in situazione di crisi: una diversa soluzione, che ricomprenda nel perimetro della procedura anche imprese non in stato di crisi, sarebbe pregiudizievole per le imprese, i creditori, il mercato.

Il dibattito sulla prima versione della legge Prodi, più precisamente le unanime critiche al c.d. Decreto Donat Cattin, proprio perché prevedeva l'estensione della procedura a tutte le imprese del gruppo, anche a quelle in situazione di equilibrio economico-finanziario, non dovrebbe essere confinato nell'oblio della storia. Sul punto la regola attuale che assoggetta ad amministrazione straordinaria soltanto le imprese del gruppo in stato di insolvenza (cfr. art. 81, comma 1, d.lgs. 8.07.1999, n. 270 e art. 1, comma 1, L. 18.02.2004, n. 39) deve essere confermata.

18. *La procedura di liquidazione giudiziale.*

La procedura di liquidazione giudiziale (art. 7) è prevista in sostituzione all'attuale procedura di fallimento.

I numerosi profili di riforma (in tema di organi, rapporti pendenti, accertamento del passivo, liquidazione dell'atto, chiusura della procedura) sono tutti ispirati alla semplificazione della procedura. Si rafforza il ruolo del curatore fallimentare, di cui vengono potenziati i poteri di accertamento e di gestione e riconosciuta un'ampia legittimazione all'esercizio delle azioni di responsabilità.

È prevista la possibilità di non nominare il comitato dei creditori prevedendo, in alternativa forme di consultazione elettronica, si esclude l'operatività di esenzioni speciali o privilegi processuali anche fondiari.

Si prevede di semplificare significativamente le fasi dell'accertamento del passivo, della liquidazione e della ripartizione dell'attivo.

19. *Il òaccordoö con il diritto societario.*

Il *racordo* con il *diritto societario* (Art. 13)¹², oltre ad altre disposizioni, su cui non mi soffermo, accoglie, opportunamente, l'anticipazione dottrinale di chi *tra* cui il sottoscritto *ha* sostenuto l'esistenza, nel sistema, di un diritto societario della crisi¹³ *ó*: si vedano le norme che prevedono la funzionalizzazione degli assetti organizzativi (anche) alla «rilevazione tempestiva della crisi» (art. 13, comma 1, lett. b), il dovere di «attivarsi per l'adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale» (*ibidem*), la «sospensione dell'operatività della causa di scioglimento di cui all'articolo 2484, primo comma, numero 4 e all'articolo 2545 *ó* *duodecies*» e dei vari obblighi a carico degli organi sociali «in forza delle misure protettive previste nell'ambito delle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, degli accordi di ristrutturazione dei debiti e di regolazione concordata preventiva della crisi».

20. *L'amministrazione straordinaria.*

Il progetto di riforma si estende *ó* pur nella *omisteriosa* forma del disegno di legge separato *ó* all'amministrazione straordinaria (art. 15), istituito anch'esso meritevole di razionalizzazione.

Oltre al condivisibile tentativo di ascrizione dell'ambito di applicazione alle imprese strategiche, poi però ripiegato sui limiti dimensionali, pare condivisibile *ó* ma solo la concreta applicazione potrebbe confermare la positività della scelta *ó* la previsione della possibilità di disporre l'ammissione alla procedura in via immediata da parte dell'autorità amministrativa, così come la tutela rafforzata riservata agli interessi dei creditori, anche attraverso la possibilità che un certo numero di creditori, dopo un congruo lasso di tempo dall'inizio della procedura, possano ricorrere al tribunale per chiedere la conversione dell'amministrazione straordinaria in un'ordinaria procedura di liquidazione giudiziale quando il programma non sia stato attuato o siano comunque venute meno le concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico dell'impresa.

21. *Conclusioni.*

Il giudizio complessivo *ó* per l'organicità, la sistematicità, l'apertura comparatistica, la finalità razionalizzatrice *ó* è senz'altro positivo, anche se stralciare, come si è detto, dall'unico disegno di legge l'amministrazione straordinaria, consegnata ad un separato disegno di legge, rimane una scelta non agevolmente giustificabile; soprattutto sulle singole soluzioni normative una riflessione ulteriore e *ó* su alcuni punti *ó* critica pare doverosa.

Siamo certi che il Convegno apporterà un contributo significativo.

¹² In argomento si veda O. CAGNASSO, *Il diritto societario della crisi fra passato e futuro*, in AA.VV., *Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo*, Atti del Convegno CNPDS Fondazione Courmayeur 23-24 settembre 2016, di prossima pubblicazione.

¹³ Cfr. P. MONTALENTI, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Rivista di Diritto Societario (RDS)*, 4/2011, p. 820 ss., ma vedi in particolare U. TOMBARI, *Principi e problemi di diritto societario della crisi*, in *Riv. soc.*, 2013; AA.VV., *Diritto societario e crisi di impresa*, a cura di U. Tombari, Torino, 2014.