

L'EMERSIONE TEMPESTIVA DELLA CRISI E IL CONCORDATO PREVENTIVO DEL TERZO: DALL'IDEA DEL "PROGETTO RORDORF" ALLE PREVISIONI DEL LEGISLATORE EUROPEO*

di STEFANO AMBROSINI

SOMMARIO: 1. La legittimazione esclusiva a proporre la domanda di concordato preventivo e le cc.dd. proposte concorrenti. – 2. L'iniziativa del terzo, prevista dalla riforma del 2006, come fattore "rivitalizzante" il concordato fallimentare. – 3. Il dibattito dottrinale sul concordato preventivo del terzo e il riferimento al *Chapter XI* del *Bankruptcy Code*. – 4. La bozza di disegno di legge delega della prima "Commissione Rordorf". – 5. Le previsioni contenute nella Direttiva UE del 2019 e lo "stimolo" al legislatore nazionale. – 6. Cenni ai recenti sviluppi delle legislazioni straniere in tema di impulso "esogeno" alla ristrutturazione.

1. La legittimazione a proporre la domanda di concordato preventivo e le cc.dd. proposte concorrenti.

Nell'ambito del nostro ordinamento il concordato preventivo è, insieme all'amministrazione straordinaria delle grandissime imprese insolventi, la procedura concorsuale (nell'accezione tradizionale del termine)¹ il cui avvio dipende esclusivamente

* Il presente saggio è destinato al volume collettaneo *Le crisi dell'impresa e del consumatore. Liber amicorum di Alberto Jorio*, a cura di Ambrosini, di prossima pubblicazione nella collana "Strumenti del diritto – Diritto della crisi d'impresa", edita da Zanichelli.

¹ La nozione tradizionale di procedura concorsuale è notoriamente individuata dalla dottrina sulla base della compresenza di alcuni elementi caratterizzanti, quali l'accertamento giudiziale della situazione di crisi o insolvenza, la nomina di un organo deputato alla gestione dell'impresa, l'apposizione di un vincolo di destinazione sul patrimonio del debitore (c.d. universalità oggettiva), il coinvolgimento di tutti i creditori (c.d. universalità soggettiva), nonché il rispetto del principio di parità di trattamento fra i creditori (cfr., in luogo di altri, SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, p. 3 ss.; JORIO, *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Iudica-Zatti,

dall'iniziativa del debitore. Lo strumento diretto a prevenire il fallimento risulta, infatti, affidato alla sola iniziativa del debitore in stato di crisi². L'impostazione adottata dalla vigente legge fallimentare all'art. 160, con l'*incipit* "L'imprenditore in stato di crisi" (confermata dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza), riflette la convinzione che debba spettare soltanto al debitore la scelta se "rassegnarsi" al fallimento, ovvero tentare la strada del concordato preventivo, e che non possano (e non debbano) esservi altri soggetti che si sostituiscano a lui nell'assunzione di questa decisione.

La presentazione della domanda di concordato preventivo, del resto, è una facoltà, non certo un obbligo, per l'imprenditore, com'è invece nel caso dell'istanza di fallimento "in proprio" ogniqualvolta essa rappresenti il modo di scongiurare l'aggravamento del dissesto (*arg. ex art. 217, n. 4, l. fall.*)³. E la

Milano, 2000, p. 28 ss.; GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2008, p. 18 ss.; BONFATTI-CENSONI, *Lineamenti di diritto fallimentare*, Milano, 2017, p. 2 ss.; NIGRO-VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2021, p. 43 ss.). Alla stregua di una tale concezione di concorsualità è risultata a lungo prevalente la tesi volta ad escludere gli accordi di ristrutturazione dal novero delle procedure concorsuali, essenzialmente in virtù della mancanza della nomina giudiziale di un organo e del non necessario rispetto della *par condicio creditorum* (*ex aliis*, AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012*, n. 134, Bologna, 2012, p. 107 ss.). Senonché, da qualche anno la Corte di Cassazione – con una serie di decisioni tra loro conformi (Cass. 18 gennaio 2018 n. 1182, Cass. 12 aprile 2018 n. 9087 e Cass. 21 giugno 2018, n. 16347) – ha elaborato una nozione «minimale» di concorsualità, ridotta essenzialmente a tre profili: (i) l'interlocuzione con l'autorità giudiziaria; (ii) il coinvolgimento formale di tutti i creditori; (iii) una qualche forma di pubblicità. Alla luce di questa nuova impostazione, che ha trovato conferma da ultimo nella Direttiva UE n. 1023 del 2019, appare francamente più arduo che in passato disconoscere la natura concorsuale degli accordi di ristrutturazione, sebbene permangano, anche nel testo del Codice della crisi, elementi di ambiguità interpretativa (così AMBROSINI, *Procedure concorsuali: tipologie, caratteri e presupposti*, in PACCHI - AMBROSINI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, Bologna, 2020, pp. 49-51 e ID, *Strumenti di regolazione della crisi: gli accordi*, *ivi.*, p. 115 ss). Si vedano sul punto, fra gli altri, INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei*, in *Dir. fall.*, 2015, I, p. 517; FABIANI, *Il diritto della crisi e dell'insolvenza. Aggiornato alla l. 19 ottobre 2017*, n. 155, Bologna, 2017, p. 8 ss. e pp. 442-443.

² Cfr., in luogo di altri, JORIO, *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, cit., p. 12 ss.

³ Secondo DEMARCHI, sub *art. 163*, in AMBROSINI e DEMARCHI, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2005, p. 86, "l'imprenditore collettivo che si trova in stato di crisi non è obbligato a chiedere il concordato, ma, se ritiene di accedere alla procedura, sa che potrà essere incriminato per i reati di cui agli artt. 216 e 217, anche qualora non sia insolvente". Secondo Cass. pen., 5 febbraio 1993, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2221, di contro, per il perfezionamento di un fatto di bancarotta è in ogni caso indispensabile l'accertamento giudiziale dello stato d'insolvenza. Più di recente Cass. pen., 24 settembre 2012, n.47502, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, p. 437 ss., ha affermato che nel reato di bancarotta fraudolenta per distrazione lo stato di insolvenza che dà luogo

legittimazione esclusiva in capo al debitore comporta evidentemente la sua facoltà “di organizzare il concordato nel modo che reputa più appetibile per i creditori e al contempo meno pregiudizievole per sé”⁴.

Questa opzione normativa tuttavia, come si vedrà meglio in appresso, rappresenta non da oggi un oggettivo freno alla tempestiva emersione dello stato di crisi e contribuisce a far sì che l'imprenditore acceda al concordato, per lo più, quando già versa in conclamata insolvenza e non in stato di mera crisi (inteso come pericolo di futura insolvenza: art. 2 del Codice della crisi)⁵; senza dire che l'esperienza dimostra come sovente il debitore si risolva a proporre il concordato (di regola nella forma della domanda “prenotativa”) solo quando si tratta di “sterilizzare” iniziative esecutive o cautelari dei creditori, quando non addirittura l'istanza di fallimento presentata da uno essi⁶.

Allargando lo sguardo ad altre legislazioni concorsuali, va detto per vero che anche nell'ordinamento francese la *sauvegarde des entreprises en difficulté*, sebbene pur ispirata al diritto americano, è – come viene osservato – “*une procédure de*

al fallimento costituisce elemento essenziale del reato, in qualità di evento dello stesso e pertanto deve porsi in rapporto causale con la condotta dell'agente e deve essere, altresì, sorretto dall'elemento soggettivo del dolo.

⁴ FABIANI, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011, p. 607.

⁵ In argomento v. DE MATTEIS, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa. Modelli attuali e prospettive di sviluppo*, Milano, 2017, p. 137 ss. e pp. 376-377, il quale ritiene che il legislatore delegante, nel definire lo stato di crisi come “probabilità di futura insolvenza” avrebbe dovuto “riformulare il presupposto oggettivo del concordato preventivo, degli accordi di ristrutturazione e delle convenzioni di moratoria, escludendo l'ammissibilità del ricorso a queste procedure nel caso di insolvenza” poiché solo in tal modo si potrebbe effettivamente “incentivare il debitore ad avvalersi tempestivamente dei menzionati strumenti (in particolare dei primi due) tempestivamente, senza attendere l'ultimo momento utile”. Sull'auspicato confinamento del concordato preventivo nell'area dello stato di crisi, inteso come “probabilità di futura insolvenza”, è critico Jorio, autore dell'introduzione alla citata monografia.

⁶ Cfr., *ex multis*, JORIO, *Orizzonti prevedibili e orizzonti improbabili del diritto concorsuale*, in Jorio-Sassani (a cura di), *Trattato delle Procedure Concorsuali*, diretto da Jorio e Sassani, V, Milano, 2014, p. 1337: “l'accesso al concordato prenotativo avviene oggi quasi sempre in presenza non già di una crisi passeggera, bensì di un vero e proprio stato di insolvenza, e in assenza di soluzioni già maturate e definite con la formulazione di un piano e una proposta, che impone il ricorso alla protezione dall'assalto dei creditori e di un termine congruo per trovare e quindi indicare la soluzione della crisi”.

*redressement judiciaire anticipée à la seule initiative du débiteur*⁷.

In Germania, la sola ipotesi di piano redatto da un soggetto diverso dal debitore sembra essere quella prevista nella disciplina che regola l'*Insolvenzplan* (i cui risultati, a seconda dell'impostazione, possono assimilarsi a quelli ottenuti in Italia con il concordato preventivo con garanzia e con cessione dei beni), che può essere proposto dal curatore stesso (§ 218 *InsO*), al quale l'assemblea dei creditori può conferire l'incarico di predisporre il piano, indicandone le finalità (§ 157 *InsO*)⁸.

In Spagna, l'ipotesi della *propuesta de convenio* somiglia, in realtà, più al nostro concordato fallimentare che non al concordato preventivo, giacché può essere proposto da creditori o da terzi (art. 99.1), ma pur sempre a valle della dichiarazione di apertura del concorso (*declaración del concurso*); laddove, fino al 2020, alla *propuesta anticipada de convenio* era legittimato il solo debitore (artt. 104-110)⁹.

Con il Texto refundido de la Ley Concursal (Real Decreto Legislativo 1/2020), l'art. 315 ("Autoría de la propuesta de convenio") è venuto invece a stabilire testualmente quanto segue: "1. *El deudor y los acreedores cuyos créditos superen una quinta parte de la masa pasiva podrán presentar propuesta de convenio en las condiciones de tiempo, forma y contenido establecidas en esta ley.* 2. *En ningún caso podrá presentarse propuesta de convenio si el concursado hubiera solicitado la liquidación de la masa activa*".

Quello spagnolo è quindi il primo ordinamento ad aver dato attuazione ai precetti della Direttiva UE del 2019, illustrati più avanti nel paragrafo 5.

⁷CHAPUT, *Profili comparatistici. Le droit français de la sauvegarde des entreprises*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, V, diretto da Vassalli, Luiso, Gabrielli, Torino, 2014, p. 177.

⁸KINDLER, *La procedura concorsuale unitaria (Insolvenzverfahren) nel diritto tedesco*, *ivi*, p. 202.

⁹Cfr., tra gli altri, ARROYO, *Il diritto concorsuale in Spagna*, *ivi*, p. 247; per una panoramica degli strumenti negoziali di soluzione della crisi in Cile e in Brasile (che a loro volta non conoscono un istituto analogo al concordato preventivo del terzo) si vedano invece, rispettivamente, GOLDENBERG SERRANO, *Las limitaciones a la gestión de la empresa en el marco de un procedimiento concursal de reorganización en el derecho chileno*, e ARNOLDI, *O uso de instrumentos negociais na fase de gestão da empresa numa perspectiva da legislação brasileira*, entrambi in *Quaderni di "Studi Senesi"*, ("Giudice e professionisti. Gli attori delle procedure per le crisi d'impresa negli ordinamenti europei e latinoamericani a confronto"), Siena, 2016, 1-2, p. 87 ss.

Quanto alla disciplina concorsuale del Regno Unito, sia nel caso di *winding up*, che in quello di *administration*, i creditori possono attivarsi anche nell'inerzia del debitore. Ed infatti, “*a creditor can always petition for an administration order in the same way as he could petition for a winding up. However the company (or its directors) and the holder of a qualifying floating charge can appoint the administrator out of court, simply notifying the court that this has taken place. The floating charge holder (essentially the bank) has a special status in that its choice of administrator always prevails over that of other bodies. However it is often the case that the administrator is appointed out of court by the company in difficulty or its directors as the appointment will put into place a moratorium on the enforcement of debts against it*”¹⁰.

Tornando alla legislazione domestica, occorre soggiungere che dal discorso sull'iniziativa concordataria va tenuto ben distinto – come tuttavia in dottrina non sempre accade¹¹ – quello sulle proposte concorrenti di cui all'art. 163 (disciplinate, nel Codice della crisi, dall'art. 91). Ed invero, nessuna procedura di concordato preventivo è configurabile senza l'*input* iniziale del debitore: solo a valle della sua discrezionale attivazione i creditori possono, a certe condizioni, presentare proposte concorrenti con quella del debitore, ma giammai dar luogo autonomamente alla procedura concordataria, né proporre modifiche alle condizioni prospettate dal debitore nella propria domanda.

Il legislatore che nel 2015 ha introdotto l'istituto delle proposte concorrenti ha inteso fornire all'imprenditore in crisi un incentivo alla tempestiva presentazione del concordato, specie quello con continuità aziendale¹². Ed infatti, stabilendo che la

¹⁰ BURBIDGE, *Insolvency procedures in the United Kingdom*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, V, cit., p. 281.

¹¹ LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2017, pp. 207-208, infatti, tratta delle proposte concorrenti nel capitolo dedicato all'ammissione al concordato, affermando che tramite esse viene ad aggiungersi all'*iniziativa* del debitore quella di “uno o più creditori che rappresentino almeno il dieci per cento risultante dalla situazione patrimoniale depositata dal debitore”.

¹² Cfr., fra i molti, BOZZA, *Le proposte concorrenti*, in *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, diretto da Ambrosini, Bologna, 2017, p. 225 ss.; A. ROSSI, *Il contenuto delle proposte concorrenti nel concordato preventivo*, *ivi*, p. 289 ss.; PEZZANO e RATTI, *Il processo delle proposte concorrenti: ammissione perfezionamento ed attuazione*, *ivi*, p. 306 ss, cui *adde*, per approfondimenti e ulteriori riferimenti, il lavoro

proposta concorrente del creditore è inammissibile ove quella del debitore, regolarmente attestata, assicuri il pagamento di almeno il quaranta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari o, nel caso di concordato con continuità aziendale di cui all'articolo 186-*bis*, di almeno il trenta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari (art. 163, 5° c.), la norma mira a stimolare il debitore ad attivarsi con la soluzione concordataria quando ancora la situazione consenta di prospettare un siffatto livello di soddisfacimento minimo ai chirografari: pena l'apertura dello spazio, appunto, per le proposte concorrenti.

Senonché, come si è osservato già all'indomani della predetta novella¹³, era illusorio pensare che tale causa di inammissibilità della proposta concorrente fosse realmente idonea, ove non accompagnata da altri strumenti, a perseguire l'obiettivo di un efficace *early warning*. E la scarsa esperienza applicativa dell'istituto nel corso degli ultimi cinque anni¹⁴ si è incaricata di confermare questa, peraltro agevole, previsione.

Ciò non toglie, su un piano più generale della riflessione, che il fenomeno della progressiva apertura al mercato attraverso la previsione di meccanismi “concorrenziali e competitivi” rispecchi pur sempre –com'è stato osservato – l'acquisita “consapevolezza che ciò risponda non solo all'interesse dei creditori a massimizzare i ricavi conseguibili dalla liquidazione dell'attivo aziendale, ma anche a un interesse di carattere più generale, che si sostanzia nel realizzare, proprio in ragione e in occasione della crisi, la più ampia contendibilità delle imprese soggette a procedura concorsuale e dei loro asset produttivi per

monografico di AIELLO, *La competitività nel concordato preventivo*, Torino, 2019, p. 35 ss.

¹³ AMBROSINI, *Il nuovo diritto della crisi d'impresa: l. 132/15 e prossima riforma organica*, Bologna, 2016, p. 30 ss.

¹⁴ Tra i pochi precedenti editi in materia di proposte concorrenti si vedano Trib. Roma, 3 giugno 2020, in www.unijuris.it; Trib. Roma, 5 agosto 2019, in www.ilcaso.it; Trib. Vicenza, 30 aprile 2019, in www.ilcaso.it; Trib. Brescia, 21 giugno 2018, con nota di AIELLO, *Il controverso perimetro applicativo delle procedure competitive di cui all'art. 163 bis l.fall.: operazioni sul capitale sociale e concordato per assunzione*, in *Fallimento*, 2019, p. 74 ss.; Trib. Napoli, 2 febbraio 2018, in www.ilcaso.it; Trib. Bergamo, 3 marzo 2016, in www.ilfallimentarista.it.

garantirne, in tal modo, (la possibilità di) un'allocatione alternativa (e più) efficiente"¹⁵.

2. L'iniziativa del terzo, prevista dalla riforma del 2006, come fattore "rivitalizzante" il concordato fallimentare.

Nel vigore della legge fallimentare antecedente alla riforma organica del 2006 non era prevista – com'è noto – alcuna legittimazione di terzi a presentare la domanda di concordato fallimentare, non essendo costoro dotati di poteri di iniziativa di sorta, spettanti in allora soltanto al debitore¹⁶.

Il citato intervento riformatore ha rovesciato i termini normativi della questione¹⁷. In base alla riformulazione dell'art. 124, infatti, al fallito è preclusa la presentazione della domanda concordataria prima che sia decorso un anno dal fallimento, mentre uno o più creditori o un terzo possono farvi luogo già all'indomani della sentenza dichiarativa, o più precisamente non appena i dati contabili e le altre notizie disponibili consentano al curatore di predisporre un elenco provvisorio dei creditori che verrà sottoposto all'approvazione del giudice delegato¹⁸.

La vera cifra innovativa dell'art. 124 è consistita, per l'appunto, nella sancita legittimazione di un soggetto terzo, anche non creditore, a proporre domanda di concordato fallimentare, il che ha spezzato il monopolio decisionale del fallito in ordine alla cessazione anticipata del fallimento per via concordataria.

¹⁵ V. MINERVINI, *Disciplina delle crisi e diritto della concorrenza*, in *Riv. dir. comm.*, 2019, I, p. 302, ove copiosi riferimenti alla letteratura in materia. Sul tema si veda inoltre, ampiamente, LIBERTINI, *Crisi d'impresa e diritto della concorrenza*, in *questo Volume*.

¹⁶ JORIO, *Le crisi d'impresa*, cit., p. 716 ss.; LO CASCIO, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 1998, p. 489; RONCOLETTA, sub. art. 124, in *Codice del fallimento*, a cura di Pajardi, Milano, 2001, p. 900.

¹⁷ Al punto che in dottrina si è parlato di "una sorta di mutazione genetica": DANOVÌ – D'AQUINO, *Il concordato fallimentare, profili sostanziali*, in Jorio-Sassani (a cura di), *Trattato delle Procedure Concorsuali*, Milano, 2017, p. 7.

¹⁸ Sulla disposizione contenuta nel vigente art. 124 cfr., *ex aliis*, STANGHELLINI, Sub. art. 124, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, Bologna 2006-2007, p. 1949; AMBROSINI, *Il concordato fallimentare*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da Cottino, Vol. XI, 2, Padova, 2008, p. 699 ss.; FABIANI, *La proposta di concordato fallimentare*, in Jorio - Fabiani, *Il nuovo diritto fallimentare*, Torino, 2010, pp. 697 ss.; BASSI, *Il concordato fallimentare*, in *Tratt. di dir. fall.*, diretto da Buonocore e Bassi, III, Padova, 2011, p. 576; DI LAURO, *Il nuovo concordato fallimentare*, Padova, 2011, p. 6; FABIANI, *Il concordato fallimentare*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, IV, diretto da Vassalli, Luiso, Gabrielli, cit., p. 869 ss.; PACCHI, *Il concordato fallimentare*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da Cagnasso e Panzani, Milano, 2016, p. 2380 ss.; DANOVÌ – D'AQUINO, *Il concordato fallimentare, profili sostanziali*, op. cit., p. 5 ss.

In tal modo il legislatore ha mostrato un considerevole *favor* per la soluzione concordataria promossa dal terzo, dando vita per di più a “una corsia ‘temporalmente riservata’ ai possibili investitori (creditori o terzi)”¹⁹ e creando le premesse per operazioni di acquisto di imprese fallite che si presentino quali opportunità di investimento.

Le implicazioni di tutto ciò sul piano sistematico sono evidenti: il concordato fallimentare, concepito *ab origine* come istituto diretto ad attenuare gli effetti del dissesto a carico del fallito, si è trasformato in un meccanismo di potenziale “ricircolo” di risorse economiche. Il patrimonio di cui il fallito è sprossato viene in considerazione non più soltanto in chiave satisfattiva delle obbligazioni a suo tempo contratte in base alla valenza generale della garanzia patrimoniale *ex art. 2740 c.c.*, “bensì anche come elemento portante dell’attività economica, oggetto di possibile circolazione e reimmissione nel circuito economico ad opera di terzi/creditori che si rendano promotori”²⁰.

Un tale strumento per la creazione di un “mercato” delle imprese insolventi è dunque presente nel nostro sistema a far tempo dalla novella del 2006 ed è risultato essere, innegabilmente, un fattore di “rivitalizzazione” dell’istituto. Deve nondimeno soggiungersi che, alla luce dell’esperienza pratica dei tre lustri fin qui trascorsi, ciò si è tradotto prevalentemente in operazioni di natura speculativa, volte per lo più al subingresso dell’assuntore nella titolarità dei beni materiali e immateriali (immobili, marchi, ecc.) e nelle iniziative giudiziali spettanti alla massa dei creditori, anziché in una modalità di conservazione dei (residui) valori aziendali, finendo così per mancare il conseguimento di uno degli obiettivi della riforma connotati da maggiore – e *in thesi* virtuoso – dinamismo.

Quanto alle ricadute di tale impostazione sul versante del concordato preventivo (vale a dire il tema che più direttamente ci occupa), l’anzidetta preclusione temporale alla domanda del fallito risulta, in realtà, foriera di effetti alquanto modesti sul piano dell’emersione precoce della crisi. È infatti largamente ottimistico confidare che ciò costituisca un reale incentivo, per

¹⁹ PACCHI, *op. ult. cit.*, p. 2368.

²⁰ Così PACCHI, *ibidem*, p. 2370; cui *adde* FABIANI, *L’ipertrofica legislazione concorsuale tra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in *www.ilcaso.it*, 6 agosto 2015, p. 7 ss.; MINERVINI, *Insolvenza e mercato. Itinerari per la modernizzazione delle discipline sulla crisi d’impresa*, Napoli, 2018, p. 204 ss.

l'imprenditore in crisi, a presentare domanda di concordato preventivo in considerazione dell'impossibilità, appunto, di dar vita a un concordato fallimentare subito dopo il fallimento, essendo notoriamente ben altre le remore alla tempestiva presa d'atto dello stato di crisi²¹. Senza dire – com'è stato posto in evidenza²² – che viene così ingiustamente penalizzato anche il fallito che abbia promosso un concordato preventivo poi non andato a buon fine.

3. Il dibattito dottrinale sul concordato preventivo del terzo e il riferimento al *Chapter XI del Bankruptcy Code*.

Come si è visto, a partire dal 2006 la disciplina sulla legittimazione a promuovere il concordato si è fortemente differenziata a seconda che tale strumento sia funzionale a scongiurare il fallimento, ovvero, a valle della sua dichiarazione, a propiziare la cessazione anticipata.

In dottrina tuttavia si segnalano, non da oggi, interventi diretti a ricomporre almeno in parte questa divaricazione, sul presupposto che in materia di concordato preventivo un qualche spazio riservato all'attivazione di soggetti terzi rispetto all'imprenditore possa “costituire un incentivo per il debitore a non tardare nell'assumere egli stesso l'iniziativa concordataria”²³.

Il primo in Italia ad avanzare questa proposta è stato – a quanto consta – Alberto Jorio, dichiaratamente mosso dall'ambizione “di coniugare la tempestività dell'intervento risanatore con il riconoscimento della libertà di impresa”. L'Autore ha declinato il concetto ipotizzando la previsione “in capo a creditori e terzi della legittimazione a chiedere l'apertura della procedura di “preconcordato”, ovviamente con la tutela del principio del contraddittorio, e, in caso di riconoscimento del fondamento della iniziativa, della concessione al debitore di un tempo necessario, seppur breve, per formulare egli stesso la proposta di

²¹ Cfr. la Relazione illustrativa 2 ottobre 2018 al Codice della crisi, p.5, ove si sottolinea che “recenti studi hanno evidenziato l'incapacità delle imprese italiane, per lo più medie o piccole imprese, di promuovere autonomamente processi di ristrutturazione precoce, per una serie di fattori che ne riducono la competitività (sottodimensionamento, capitalismo familiare, personalismo autoreferenziale dell'imprenditore, debolezza degli assetti di *corporate governance*, carenze nei sistemi operativi, assenza di monitoraggio e di pianificazione, anche a breve termine)”.

²² PAJARDI-PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, p. 681.

²³ JORIO, *op. ult. cit.*, p. 1338.

concordato e il piano (ovvero un accordo di ristrutturazione), e in caso di inerzia del debitore, di consentire ai creditori o al terzo, che nel frattempo abbiano acquisito sufficienti conoscenze della realtà dell'impresa tramite le informazioni fornite dal commissario giudiziale, di formulare essi una proposta di concordato. Ferma restando naturalmente la possibilità, per i creditori e per il terzo che abbia acquistato sufficienti crediti, di partecipare alla procedura competitiva in caso di proposta di concordato formulata dal debitore”²⁴.

Affrontando il tema del concordato preventivo nel suo complesso, chi scrive ha prestato schietta adesione alla suddetta proposta, osservando a propria volta che “non sarebbe ozioso, sempre ai fini della tempestiva presa d'atto della crisi, considerare l'ipotesi di consentire a soggetti altri rispetto all'imprenditore di proporre la domanda di concordato, inizialmente “con riserva” *ex art. 161, comma 6*, per dare al debitore la possibilità di attivarsi e presentare egli stesso il piano concordatario attestato; salvo poi, in caso di sua inerzia, lasciare campo libero all'iniziativa dei terzi, come già avviene (peraltro *omisso medio*) nel concordato fallimentare”²⁵.

Ora, nel lavoro di entrambi è distintamente percepibile l'eco della disciplina statunitense sul punto e, in particolare, dell'istituto dell'*involuntary case* (§ 303, *Chapter III*), tramite il quale i creditori possono richiedere alla *Bankruptcy Court* l'avvio, nei confronti del debitore, di una procedura concorsuale di *Chapter XI – Reorganization*, ovvero di *Chapter VII – Liquidation*. Inoltre, la *Sect. 1121 del Chapter XI* prevede la possibilità di iniziativa per qualsiasi terzo interessato nel caso in cui, successivamente al deposito della domanda di concordato “in bianco”, il debitore rimanga inerte nei successivi 120 giorni²⁶.

Più precisamente, il paragrafo 1121 del *Chapter XI (Who May File A Plan)* recita: “(a) *The debtor may file a plan with a petition commencing a voluntary case, or at any time in a voluntary case or an involuntary case. (b) Except as otherwise*

²⁴ Così JORIO, *ibidem*, p. 1339, riprendendo un'idea esposta anni prima nel saggio *La legge fallimentare: pregi e difetti delle nuove regole*, in *Giur. Comm.*, 2013, I, p. 712.

²⁵ AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in AA. VV., *Le altre procedure concorsuali*, in Vassalli, Luiso, Gabrielli, (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, IV, cit., pp. 17-18.

²⁶ 11 USC, Chapter XI, § 1121.

provided in this section, only the debtor may file a plan until after 120 days after the date of the order for relief under this chapter. (c) Any party in interest, including the debtor, the trustee, a creditors' committee, an equity security holders' committee, a creditor, an equity security holder, or any indenture trustee, may file a plan if and only if — (1) a trustee has been appointed under this chapter; (2) the debtor has not filed a plan before 120 days after the date of the order for relief under this chapter (§ 301 e § 303); or (3) the debtor has not filed a plan that has been accepted, before 180 days after the date of the order for relief under this chapter, by each class of claims or interests that is impaired under the plan”.

Nel solco della tradizione statunitense, ma con significative “varianti” rispetto a essa, rientra anche la procedura australiana di *voluntary administration* (VA), regolata nella parte 5.3A del *Corporations Act* del 2001 (Cth). Ai fini di una maggiore rapidità e facilità di attuazione la procedura di VA evita deliberatamente di utilizzare un approccio *court-based*. A differenza del procedimento regolato dal *Chapter XI*, l'intervento del tribunale, sia nella nomina del commissario esterno qualificato che nello svolgimento del processo, è minimo. Un ruolo rilevante è riservato ai “*secured creditors*”, i quali, a norma della *section 436C* del *Corporations Act* possono dare avvio alla procedura di VA. Inoltre, per evitare abusi da parte del debitore²⁷ data la scarsa ingerenza del tribunale, il ruolo dei creditori, compresi i creditori dipendenti, è stato ulteriormente rafforzato dall'*Insolvency law Reform Act del 2016*, che ha fornito loro notevoli poteri di supervisione e interazione con il commissario. Ad esempio, mentre al debitore non è permesso revocare la nomina del commissario, questi ultimi possono rimuoverlo e nominarne uno nuovo, senza previa autorizzazione del tribunale.

Anche in Cina la procedura di “*reorganisation*” che ricalca il modello statunitense del *debtor-in-possession* ma attinge anche al diritto europeo prevedendo la nomina di un amministratore da parte del tribunale, secondo il dettato dell'art. 70 del l'Enterprise Bankruptcy Law (EBL) può avere inizio su richiesta delle parti interessate, quali la società debitrice, i suoi creditori o i suoi

²⁷ LINDGREN, JUSTICE KEVIN, *Voluntary Administration: Current Issues and Proposals for Reform* (Federal Court of Australia), 2006, Federal Judicial Scholarship, 4.

principali azionisti. La forte ingerenza politica nella procedura di ristrutturazione, con l'aiuto del potere di *cram-down* del tribunale, fa sì che spesso i piani di riorganizzazione diano la priorità agli interessi dei dipendenti e dei piccoli creditori (perché considerati potenziali cause di disordini sociali) a scapito degli altri creditori, compresi quelli garantiti²⁸.

Tuttavia, la pregnante politicizzazione, la lunghezza della procedura di riorganizzazione (nulla è previsto per quanto riguarda il limite di tempo imposto ai tribunali per valutare se consentirne l'avvio), nonché la creazione e il mantenimento delle relazioni interpersonali (*Guanxi*) caratteristiche della cultura degli affari cinese²⁹, hanno fatto sì che la procedura di *reorganisation* sia, in concreto, assai poco utilizzata³⁰.

Come si vedrà subito in appresso, tuttavia, il “referente” normativo del *Chapter XI* e le sollecitazioni dottrinali di cui si diceva poc'anzi non sono bastate a consentire che anche nella legislazione italiana venisse attribuito “diritto di cittadinanza” al concordato preventivo del terzo. E ciò sebbene diversi autori, fra cui quelli prima richiamati, non abbiano nascosto il proprio scetticismo in ordine alla piena efficacia delle misure di allerta introdotte dal Codice della crisi come antidoto alla mancata o ritardata presa d'atto dello stato di crisi³¹.

²⁸ ZHANG, *Corporate Reorganisation of China's Listed Companies: Winners and Losers*, 2016 (16), in *Journal of Corporate Law Studies* 101, p. 108. Per un *flash* sulle attuali prospettive economiche della Cina in relazione al Piano di sviluppo economico e sociale 2021-2025 si veda, da ultimo, TANICO, *Approfondimenti. Cina*, in PANZANI-CORNO-CALONI-ZENATI-BAUCO, *Osservatorio internazionale crisi di impresa del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili*, numero 2 – ottobre 2020, pp. 43-44.

²⁹ LUN SO, *Explaining Guanxi: The Chinese Business Network*, Routledge, 2006.

³⁰ E per un confronto tra il modello cinese e quello australiano v. FU-TOMASIC, *The Use of Non-Court Based Corporate Rescue – Does the Australian Voluntary Administration Procedure Provide a Model for China?*, versione rivista del documento originalmente presentato alla Commercial Law nel *21st Century Forum*, in Tsinghua University, Beijing, 29-30 ottobre 2016.

³¹ Secondo JORIO, *Orizzonti prevedibili e orizzonti improbabili del diritto concorsuale*, op. cit., p. 1337, è bene non riporre soverchie illusioni sull'idoneità delle misure di allerta ad essere effettivo, oltre che efficace, strumento anticipatorio di gestione della crisi, dal momento che “non è affatto detto (e vorrei aggiungere “putroppo”) che la lodevole previsione della procedura di composizione assistita e di mediazione sia destinata ad avere il successo auspicato, e ciò per il fatto che, riguardando essa prevalentemente situazioni di crisi allo stato iniziale, saranno presumibilmente pochi gli imprenditori che nel nostro paese si determineranno a percorrere tempestivamente questa strada responsabile e a richiedere l'aiuto dell'organismo di composizione della crisi”. Non nascondono le proprie perplessità sull'efficacia delle misure d'allerta anche (fra gli altri) DI MARZIO, *La riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Osservazioni sulla legge delega*,

4. La bozza di disegno di legge delega della prima “Commissione Rordorf”, la legge del 2017 e il Codice della crisi.

Il 2015, come già ricordato, è stato l’anno della “miniriforma” fallimentare, foriera, in particolare, dei nuovi istituti delle proposte e delle offerte concorrenti quali declinazioni del principio di competitività nel concordato preventivo. Ma è stato anche, qualche mese prima, l’anno di istituzione della c.d. Commissione Rordorf ad opera del Ministro della giustizia, incaricata di redigere lo schema di legge recante “Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell’insolvenza”.

Il *leit motif* del dibattito in seno a detta commissione è stato, sull’onda dell’evoluzione di altri ordinamenti e della Raccomandazione UE del 2014, quello della tempestiva emersione della crisi: non a caso la colonna portante dello schema di legge delega è per l’appunto costituito dalle procedure di allerta e composizione assistita della crisi (art. 4), “progenitrici” degli attuali artt. 12 e seguenti del Codice della crisi.

E proprio nell’ambito della sottocommissione deputata alla materia delle misure di allerta e delle soluzioni negoziate alla crisi era nata, su proposta di chi scrive, l’idea di introdurre nel nuovo sistema il concordato preventivo del terzo, inteso come ulteriore incentivo per l’imprenditore a far emergere precocemente le difficoltà dell’impresa, preservando per quanto possibile i creditori dall’aggravamento del passivo e coinvolgendoli nel tentativo “esogeno” di risanamento.

Presupposto del coinvolgimento “proattivo” dei creditori era peraltro, dichiaratamente, lo stato di insolvenza, giacché altrimenti si sarebbe corso il rischio di un possibile “esproprio” dell’impresa, verosimilmente contrastante – quantomeno alla luce di un approccio tradizionale – con il principio di libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.) e con il necessario collegamento, in quel caso, a un pubblico interesse preminente (art. 42 Cost.)³².

Milano, 2018, p. 42, e, pur con toni meno critici, AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, cit., pp. 17-18;

³² Più avanzata la posizione di JORIO, op. cit., pp. 1339-1340, che predica tale soluzione anche in presenza di uno stato di semplice crisi.

Il retroterra culturale, per così dire, di un tale approccio risiedeva nella presa d'atto che l'impresa insolvente ricade, dal punto di vista economico, nella disponibilità dei creditori³³: all'insolvenza, in effetti, corrisponde l'esaurimento del capitale di rischio, di tal che la prosecuzione dell'attività può aver luogo solo con il consenso della maggioranza del ceto creditorio chirografario (*ab origine* o per effetto di falcidia successiva), realizzandosi un trasferimento coattivo del controllo dell'impresa in capo ai creditori³⁴, vale a dire a quei soggetti che hanno fornito, loro malgrado, il nuovo capitale di rischio e che come tali diventano titolari di poteri spettanti, in condizioni normali, ai soci investitori³⁵.

Di qui la formulazione di un'ipotesi di principio di delega basato appunto sulla legittimazione del terzo, in caso di insolvenza del debitore, a promuovere il concordato preventivo, con la precisazione, peraltro, del doveroso rispetto del contraddittorio con quest'ultimo e della necessità di adottare adeguati strumenti di tutela del debitore e di prevenire abusi ai suoi danni³⁶.

E nel primo commento all'elaborato "partorito" dalla Commissione Rordorf ci si era espressi in termini apertamente favorevoli a un'innovazione di siffatta portata, vuoi come incentivo all'*early warning*, vuoi dal punto di vista della "contendibilità" delle imprese insolventi nell'ottica di conservarne il residuo valore a vantaggio dei creditori: "La

³³ V., in luogo di altri, STANGHELLINI, *Le crisi d'impresa tra diritto ed economia*, Bologna, 2007, p. 226.

³⁴ STANGHELLINI, *op. ult. cit.*, p. 240, richiamato tra gli altri da PANZANI, *Introduzione a AMBROSINI, Il nuovo diritto della crisi d'impresa*, cit., p. 24. Si vedano sul punto, altresì, già LIBONATI, *La crisi dell'impresa*, in AA.VV., *L'impresa*, Milano, 1985, p. 203 ss e, più recentemente, ID, *Prospettive di riforma sulla crisi dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 327; MINERVINI, *Interesse pubblico, concorrenza e concorsualità nella disciplina delle crisi bancarie*, in *Riv. dir. comm.*, 2021, il quale fa notare come nella disciplina delle crisi bancarie il passaggio dei poteri decisori e organizzativi dagli azionisti ai creditori viene (forzosamente) realizzato tramite il meccanismo del *bail-in* che "nelle procedure concorsuali ordinarie potrebbe ipotizzarsi non già forzosamente, ma solo su base facoltativa".

³⁵ STANGHELLINI, *cit.*, p. 54 ss.

³⁶ Recitava in proposito la lettera b) dell'art. 6 dello schema di legge delega: "La disciplina della procedura di concordato preventivo va riordinata prevedendo la legittimazione del terzo a promuovere il procedimento nei confronti del debitore che versi in stato di insolvenza, nel rispetto del principio del contraddittorio e con adozione di adeguati strumenti di tutela del debitore medesimo, nonché di misure dirette a prevenire condotte abusive".

norma, ove ben «calibrata», avrebbe verosimilmente l'effetto (...) di costituire un incentivo, ulteriore rispetto alle misure di allerta, alla tempestiva emersione della crisi; senza dire del fatto che ciò eliminerebbe in radice il problema connesso alla rinuncia al concordato da parte del debitore che volesse con ciò precludere la perseguibilità della proposta concorrente³⁷. Con la precisazione che, al fine di “scongiurare iniziative strumentalmente pregiudizievoli per il debitore (ad esempio per mano di suoi concorrenti), potrebbe considerarsi l'eventualità che il terzo non possa presentare una domanda puramente «prenotativa». In alternativa, si potrebbe consentire al debitore, sulla falsariga - *mutatis mutandis* - del modello statunitense, di presentare lui stesso proposta e piano anche quando sia stato il terzo a depositare il preconcordato: il che avrebbe il duplice vantaggio (i) di una non eccessiva difficoltà per il terzo a reperire le informazioni necessarie alla presentazione *omisso medio* di una domanda «piena» e (ii) di una maggiore efficacia sul versante della tempestiva emersione della crisi³⁸.

Nonostante la possibilità di circondare la norma di una serie di opportune cautele come quelle anzidette, è prevalso, a livello politico, il timore – sollevato anzitutto (per certi aspetti comprensibilmente) da Confindustria – di comportamenti abusivi in danno degli imprenditori in difficoltà, ancorché il riferimento fosse soltanto – è bene ribadirlo – a quelli già insolventi: sicché la previsione in parola è stata poi, malauguratamente, espunta dal testo della legge delega, il quale ha finito per denotare, da questo come da altri punti di vista, un atteggiamento, al postutto, di eccessiva timidezza da parte del legislatore³⁹.

³⁷ AMBROSINI, *Il nuovo diritto della crisi d'impresa*, cit., p. 148.

³⁸ AMBROSINI, *ivi*, pp. 147-148.

³⁹ FABIANI, *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d'impresa*, in *Fallimento*, 2016, p. 261 ss, ha osservato al riguardo che il rispetto e l'apprezzamento per i problemi affrontati dalla Commissione non possono “mettere in ombra le timidezze che un Governo e un Parlamento non devono permettersi di avere”, auspicando l'avvio di una seria indagine statistica per verificare l'effettività della riforma “in modo che, concesso il tempo del decollo e della stabilizzazione, eventuali modifiche derivino dai dati di impatto economico e non dagli umori dei potenti (la cui collocazione è molto trasversale) del momento”. E v. anche, in argomento, NIGRO, *I principi generali della nuova riforma “organica” delle procedure concorsuali*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2020, p. 11 ss.

5. Le previsioni contenute nella Direttiva UE del 2019 e lo “stimolo” al legislatore nazionale.

Ai sensi dell'art. 4, comma 8 della Direttiva n. 1023/2019⁴⁰, gli Stati membri possono “prevedere che il quadro di ristrutturazione preventiva previsto a norma della presente direttiva sia disponibile su richiesta dei creditori e dei rappresentanti dei lavoratori, previo accordo del debitore”. Questa importante disposizione facoltizza quindi gli ordinamenti nazionali a configurare l'accesso agli strumenti di prevenzione della crisi da parte dei creditori, subordinandolo tuttavia al fatto che il debitore abbia prestato il proprio assenso. La norma prosegue stabilendo che tale assenso può essere prescritto limitatamente “ai casi in cui il debitore è una PMI”.

Al successivo articolo 5, 3° comma, la Direttiva dispone che gli Stati membri devono far luogo alla “nomina di un professionista nel campo della ristrutturazione per assistere il debitore e i creditori”, quando, tra l'altro, ne facciano richiesta “la maggioranza dei creditori”.

All'art. 9, comma 1, la Direttiva, dopo aver stabilito che gli Stati membri “provvedono affinché, a prescindere da chi richiede una procedura di ristrutturazione preventiva conformemente all'articolo 4, i debitori abbiano il diritto di presentare piani di ristrutturazione per adozione da parte delle parti interessate”, precisa che gli Stati membri “possono altresì disporre, precisandone le condizioni, che i creditori e i professionisti nel campo della ristrutturazione abbiano il diritto di presentare piani di ristrutturazione”.

Come si è visto in precedenza, allo stato soltanto l'ordinamento spagnolo, con l'art. 315 del Texto refundido de la Ley Concursal, ha dato attuazione ai suddetti principi, con la sancita

⁴⁰ La letteratura in argomento è già assai ampia. Senza pretesa di completezza si vedano, tra gli altri, PANZANI, *Il preventive restructuring framework nella direttiva 2019/1023 del 20 giugno 2019 ed il codice della crisi. Assonanze e dissonanze*, in *www.ilcaso.it*, ottobre 2019; ID., *La proposta di direttiva della Commissione UE in tema di ristrutturazione preventiva dell'impresa, seconda chance ed esdebitazione*, in AA.VV., *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, diretto da Ambrosini, Bologna, 2017, p. 1087 ss.; NIGRO, *La proposta di direttiva comunitaria in materia di disciplina della crisi delle imprese*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, I, p. 201 ss.; PACCHI, *La ristrutturazione dell'impresa come strumento per la continuità nella Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2019/1023*, in *Dir. fall.*, 2019, I, p. 1259 ss.; STANGHELLINI, *La proposta di Direttiva UE in materia di insolvenza*, in *Fallimento*, 2017, p. 873 ss.; P. VELLA, *I quadri di ristrutturazione preventiva nella Direttiva UE 2019/1023 e nel diritto nazionale*, *ivi*, 2020, p. 1033 ss.

legittimazione a presentare il concordato da parte di una percentuale qualificata (il 20%) dei creditori⁴¹.

Quanto poi all'ipotesi in cui uno più creditori si siano attivati per una procedura di insolvenza a carico del loro debitore, la Direttiva pone un limite derivante dall'avvenuta sospensione delle azioni esecutive individuali. L'articolo 7, 2° comma, infatti, dispone "la sospensione delle azioni esecutive individuali conformemente all'articolo 6 sospende, per la durata della sospensione, l'apertura, su richiesta di uno o più creditori, di una procedura di insolvenza che potrebbe concludersi con la liquidazione delle attività del debitore".

La conferma della centralità del ruolo dei creditori (pur nel quadro di un sistema di pesi e contrappesi rispetto alla tutela di diritti e opportunità del debitore) emerge altresì dal disposto dell'art. 6, il quale statuisce che gli Stati membri possono "revocare una sospensione delle azioni esecutive individuali" quando, fra l'altro, la sospensione comporti l'insolvenza di un creditore: con ciò mirando opportunamente, attraverso la creazione di una sorta di gerarchia fra interessi protetti, a scongiurare il c.d. effetto domino dell'insolvenza.

In ottica analoga, la lettera d) dell'articolo 26, 1° comma, sancisce il dovere degli Stati membri di provvedere che "al fine di evitare qualsiasi conflitto di interessi, i debitori e i creditori abbiano la facoltà di opporsi alla scelta o alla nomina del professionista, o di chiedere la sostituzione del professionista", delineando, con il ricorso a tale potere interdittivo, un perimetro di intervento più ampio del nostro art. 37-bis, 1. fall., seppur connotato dall'esclusiva finalità di scongiurare – come detto – situazioni di conflitto d'interessi.

Orbene, queste e altre previsioni della Direttiva, considerate nel loro insieme, sollevano l'interrogativo se il nostro nuovo Codice della crisi possa considerarsi realmente aggiornato ai precetti del legislatore unionale e del tutto coerente rispetto ad essi.

⁴¹ Nella dottrina spagnola sulla Direttiva UE cfr., tra gli altri, CANDELARIO MACIAS, *La insolvencia inminente en la Directiva (UE) 2019/1023*, in *La Directiva de la (UE) 2019/1023 sobre insolvencia*, diretto da Candelario Macias e Pacchi, Valencia, 2021; GARBAYO BLANCH, *La Directiva (UE) 2019/1023: marcos de reestructuración preventiva: facilitación y consecuencias*, *ivi*; TEJEIRA RODRIGUEZ, 'Legal compliance' en la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, *ivi*.

In particolare, per quanto attiene al tema specifico che qui ci occupa, vi è da domandarsi se sia oggi possibile – e comunque opportuno – sottrarsi all’indicazione, di matrice appunto sovranazionale, per cui il “quadro di ristrutturazione preventiva” debba essere reso disponibile anche ai creditori e ai rappresentanti dei lavoratori. Il che sembra riferirsi, quanto all’ordinamento italiano, anzitutto e precisamente all’istituto del concordato preventivo.

A ben vedere, la previsione della legittimazione in capo ai creditori verrebbe incontro a quelle plurime, concorrenti, istanze che si sono in precedenza enucleate, mentre quella dei rappresentanti dei lavoratori costituirebbe una delle possibili modalità di attuazione del principio della collaborazione dei lavoratori “alla gestione delle aziende” sancito dall’articolo 46 della nostra Costituzione. Tanto più in un momento storico in cui desta crescente attenzione il fenomeno del *workers buyout*⁴².

L’auspicio è dunque, in ultima analisi, che gli sviluppi normativi a livello unionale possano indurre il legislatore nazionale, in prospettiva non più condizionato dagli effetti della pandemia da *Covid-19*⁴³, a un ripensamento circa l’opportunità di prevedere, pur con tutte le necessarie limitazioni, la legittimazione dei creditori a presentare domanda di concordato preventivo; e che il tenore della Direttiva riproponga il tema del presupposto oggettivo (solo insolvenza o anche semplice crisi?) in presenza del quale ipotizzare tale legittimazione⁴⁴.

⁴² La prima forma di sostegno economico di portata generale al *workers buyout* è stata introdotta dalla legge 27 febbraio 1985, n. 49 (c.d. “Legge Marcora”), che ha incentivato la costituzione di società cooperative da parte di lavoratori licenziati, cassaintegrati o dipendenti di aziende in crisi o sottoposte a procedure concorsuali. Recentemente, in data 22 febbraio 2021 il [decreto ministeriale del MISE, c.d. “Nuova Marcora”](#), che ha istituito un nuovo regime di sostegno pubblico alla nascita, allo sviluppo e al consolidamento di società cooperative. In argomento si vedano, tra gli altri, DI CECCO, *Il diritto di “prelazione” previsto dalla disciplina italiana del “workers buyout” a favore delle cooperative costituite dai lavoratori delle imprese in crisi*, in *Fallimento*, 2016, pp. 633 ss; PAGANI, *Il workers buyout quale possibile strumento di risoluzione della crisi della piccola e media impresa italiana*, in www.ilcaso.it, 1° ottobre 2020.

⁴³ Per un quadro delle problematiche giuridiche e aziendalistiche poste dalla legislazione “emergenziale” si vedano, anche per gli opportuni riferimenti, gli stimolanti contributi raccolti nel volume *Crisi d’impresa ed emergenza sanitaria*, a cura di Ambrosini e Pacchi, Bologna, 2020.

⁴⁴ In argomento, JORIO, *La riforma della legge fallimentare tra utopia e realtà*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. In ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019, pp. 420-421, ha affermato che “l’aver insistito nel distinguere, a livello concettuale e giuridico, la crisi dall’insolvenza, laddove questa distinzione può essere utile tutt’al più per *consentire*, e non per impedire, l’accesso a determinati istituti di

6. Cenni ai recenti sviluppi delle legislazioni straniere in tema di impulso “esogeno” alla ristrutturazione.

La necessità di dare attuazione alla più volte menzionata Direttiva UE del 2019, unitamente agli sviluppi legislativi associati al contesto pandemico, hanno indotto alcuni Paesi, da ultimo, ad ampliare lo strumentario normativo in tema di ristrutturazioni aziendali.

Nel maggio 2020 il governo francese, ad esempio, ha adottato un’ordinanza in materia di diritto della crisi contenente, fra l’altro, disposizioni transitorie in attesa del recepimento della Direttiva.

Oltre a un abbassamento delle soglie per l’accesso alla *sauvegarde accélérée* di cui all’art. L. 628-1 del codice di commercio, si è prevista la possibilità non solo per il debitore ma anche per l’*administratore giudiziario* e il *pubblico ministero* di richiedere una procedura di liquidazione o di riorganizzazione (a seconda della situazione in cui si trova il debitore)⁴⁵. Il che conferma che in Francia continua a essere fortemente avvertita l’esigenza di una ristrutturazione preventiva anche sulla spinta di interventi esterni, connotati, come da tradizione, da una marcata matrice pubblicistica, seppur finalizzati soprattutto a segnare prontamente una discontinuità gestoria (e manageriale) attraverso la celere attuazione dei processi di trasferimento dei complessi aziendali.

composizione delle difficoltà dell’impresa, e quindi per allargare lo spettro delle situazioni passibili di intervento e non per precludere. In altri termini, se è stato corretto assumerne l’accessibilità alla procedura di concordato anche per le imprese non ancora insolventi ma già in crisi, e si era opportunamente ricondotta, nella riforma del 2005 con il nuovo art. 160, la nozione di insolvenza nell’ambito del concetto economico di crisi [...] lo steccato che rischia di essere alzato tra crisi e insolvenza, e quindi tra rischio di insolvenza e insolvenza, ai fini della fruizione dei nuovi istituti disegnati dalla riforma in itinere, seppur in sintonia con le indicazioni dell’Unione, rischia nel nostro paese di creare gravi ostacoli alla concreta applicazione di meritorie innovazioni”. Chi scrive ha peraltro ritenuto di osservare, in proposito, che “la linea di confine rispetto al concetto di insolvenza prospettica [...] risulta, invero, abbastanza sottile, anche se il diaframma può forse risultare meno labile nella misura in cui si definisca prospettica soltanto l’insolvenza che, seppur non attuale, sia di imminente verifica, giacché essa può considerarsi, in quest’ottica, sostanzialmente certa, laddove la crisi rappresenta semplicemente la probabilità di un’insolvenza futura e, come tale, per sua natura incerta. [...] Al concordato preventivo, pertanto, continuano a essere assoggettati sia i debitori insolventi che quelli in semplice stato di crisi, di cui l’insolvenza cessa peraltro di costituire una sottocategoria.” (AMBROSINI, *Crisi e insolvenza nel passaggio fra vecchio e nuovo assetto ordinamentale: considerazioni problematiche*, in www.ilcaso.it, 14 gennaio 2019).

⁴⁵ Cfr. PANZANI-CORNO-CALONI-ZENATI-BAUCO, *Osservatorio internazionale crisi di impresa del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili*, cit., p. 6.

In Germania, invece, è già stata approvata, nell'ottobre 2020, la proposta di legge volta a recepire la Direttiva UE in materia di ristrutturazione preventiva, nonché a introdurre un nuovo strumento di ristrutturazione stragiudiziale, la *Restrukturierungsrahmen*. Proprio nell'ambito di quest'ultima, è prevista, a determinate condizioni, la possibilità di nominare un esperto (*Restrukturierungsbeauftragter*) particolarmente qualificato e necessariamente indipendente sia dall'impresa che dai creditori, il quale è chiamato a svolgere funzioni di supporto e sorveglianza, nonché di relatore all'autorità giudiziaria.

Ai più limitati fini che ci occupano, merita rimarcare che il predetto esperto deve essere nominato non solo quando ne faccia richiesta il debitore, ma anche quando ad attivarsi in tal senso siano tanti creditori che rappresentano il 25% del totale dei crediti vantati nei confronti del soggetto in difficoltà⁴⁶.

Quanto agli Stati Uniti d'America, non vi sono stati sviluppi legislativi sul fronte in questione poiché, come già ricordato, il *Chapter XI* del *Bankruptcy Code* è uno dei pochi testi normativi, insieme al *Canadian Companies' Creditors Arrangement Act*, a prevedere da tempo l'iniziativa dei creditori ai fini dell'emersione della crisi.

Va nondimeno precisato che il ricorso a tale facoltà risulta, in concreto, limitato dalla peculiare condizione in cui versa un numero sempre maggiore di imprese statunitensi. Ed invero, in quasi tutti i casi di istanze recentemente presentate ai sensi del *Chapter XI*, il debitore dispone di un'autonomia decisionale alquanto ridotta, nella misura in cui i finanziatori dell'impresa (specie quelli che l'hanno sostenuta durante la procedura per garantire la continuità) dispongono pressoché invariabilmente di un pegno (*lien*) su tutti i beni aziendali, avendo modo con ciò di "orientare" le scelte del debitore in ordine alle modalità di superamento della sua crisi (le quali si traducono frequentemente, specie negli ultimi tempi, nel c.d. *Stalking Horse Bidding*, cioè in una cessione delle attività ad un terzo interessato a proseguire l'attività, il quale formula un'offerta

⁴⁶ LAUSER, *Germania. Disegno di Legge sulla ristrutturazione extragiudiziale – una rivoluzione del diritto dell'insolvenza di imprese?*, in PANZANI-CORNO-CALONI-ZENATI-BAUCO, cit., p. 47.

preliminare destinata a costituire la base della successiva gara fra tutti gli offerenti)⁴⁷.

In definitiva, anche dalle recenti evoluzioni di alcuni ordinamenti stranieri – come quelli spagnolo, francese e tedesco sopra richiamati – emerge la tendenza a superare, in qualche modo, il rigido monopolio dell’iniziativa risanatoria che la legge italiana riserva al debitore. E se a ciò si aggiunge, come in precedenza illustrato, l’opzione adottata dalla Direttiva UE, può oggi dirsi che una prima breccia è stata aperta e che un possibile percorso è stato tracciato anche, auspicabilmente, a beneficio del nostro legislatore.

Come ipotetica previsione nell’ambito dell’ordinamento italiano, un “punto di caduta” delle contrapposte istanze potrebbe, invero, essere rappresentato dal provocare, all’atto della presentazione della domanda da parte del terzo (anche al cospetto di uno stato di semplice crisi), il contraddittorio con il debitore, consentendo a quest’ultimo di opporsi a detta domanda, eventualmente per far luogo egli stesso, ravvisandone i presupposti, all’iniziativa concordataria: il che consentirebbe di ritenere integrato il requisito della Direttiva del “previo accordo del debitore”.

⁴⁷ PANZANI-CORNO-CALONI-ZENATI-BAUCO, cit., p. 16.