

RISTRUTTURAZIONI AZIENDALI

Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali

ISSN 2785-6348

Rivista trimestrale
Fascicolo n. 2/2023

Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali

Dottrina e giurisprudenza sulla crisi d'impresa

Rivista trimestrale – ISSN 2785-6348

Direttore responsabile: **Paola Castagnoli**

Editore: Centro Studi Giuridici - APS, con Sede in Luzzara (RE), Via Grandi n. 5. Associazione di promozione sociale, iscritta nel Registro Unico Nazionale del Terzo Settore (RUNTS) con atto Num. 20609 del 27/10/2022 BOLOGNA. Già iscritta nel Registro Regionale delle Associazioni di Promozione Sociale della Regione Emilia-Romagna al n. 3889, a far tempo dal 6 novembre 1995. Già iscritta nel Registro Provinciale delle Associazioni di Promozione Sociale della Provincia di Reggio Emilia al n. 53298/31/2011, a far tempo dal 2 novembre 2011. P.Iva: 02216450201; C.F.: 01762090205.

Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali

DIREZIONE SCIENTIFICA

Stefano Ambrosini, *Ordinario nell'Università del Piemonte Orientale*
Franco Benassi, *Avvocato*

COMITATO SCIENTIFICO

Marco Arato, *Ordinario nell'Università di Genova*
Luigi Balestra, *Ordinario nell'Università di Bologna*
Paolo Bastia, *Ordinario nell'Università di Bologna*
Giovanni Caruso, *Ordinario nell'Università di Padova*
Paolo Felice Censoni, *Ordinario f.r. nell'Università di Urbino*
Maurizio Dallochio, *Ordinario nell'Università Bocconi*
Giustino Di Cecco, *Ordinario nell'Università di Roma Tre*
Giuseppe Fauceglia, *Ordinario nell'Università di Salerno*
Francesco Fimmanò, *Ordinario nell'Università del Molise*
Sabino Fortunato, *Emerito nell'Università Roma Tre*
Gianvito Giannelli, *Ordinario nell'Università di Bari*
Fabrizio Guerrera, *Ordinario nell'Università di Messina*
Alberto Jorio, *Ordinario f.r. nell'Università di Torino*
Giuseppe Melis, *Ordinario nell'Università LUISS Guido Carli*
Alessandro Nigro, *Ordinario f.r. nell'Università La Sapienza*
Stefania Pacchi, *Ordinario f.r. nell'Università di Siena*
Francesco Perrini, *Ordinario nell'Università Bocconi*
Alberto Quagli, *Ordinario nell'Università di Genova*
Paolo Valensise, *Ordinario nell'Università Roma Tre*
Marco Ventoruzzo, *Ordinario nell'Università Bocconi*

Antonio Didone, *Consigliere di Cassazione a rip.*
Aldo Angelo Dolmetta, *Consigliere di Cassazione a rip.*

Federico Casa, *Associato nell'Università di Trento*
Alessandro Danovi, *Associato nell'Università di Bergamo*
Rolandino Guidotti, *Associato nell'Università di Modena*
Andrea Perini, *Associato nell'Università di Torino*
Edgardo Ricciardiello, *Associato nell'Università di Bologna*
Fabio Serini, *Associato nell'Università di Napoli Parthenope*

Vittorio Minervini, *Professore a contratto nell'Università di Roma Tor Vergata*

Quaderni di **Ristrutturazioni Aziendali**

COMITATO TECNICO

Coordinatori

Edgardo Ricciardiello e Andrea Panizza

Componenti

Francesco Grieco, Riccardo Bonivento, Daniela Carloni, Laura Cristini, Francesca Crivellari, Gabriele Maria Genovese, Fabio Iozzo, Barbara e Veronica Maffei Alberti, Nicoletta Michieli, Ivan Libero Nocera, Simone Pesucci, Paolo Rinaldi, Fabio Sebastiano, Andrea Sola, Carla Scribano, Giovanni Staiano.

COMITATO PER LA VALUTAZIONE

Presidente

Antonio Nuzzo

Componenti

Marco Aiello, Simona Arduini, Maurizio Bianchini, Francesco Bordiga, Mia Callegari, Eva Desana, Marco Speranzin, Marina Spiotta, Patrizia Riva.

Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali

CODICE ETICO

La Rivista "Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali" è una rivista scientifica peer-reviewed, che si ispira al codice etico delle pubblicazioni elaborato da COPE Committee on publication ethics: Best Practice Guidelines for Journal Editors. È pertanto necessario che tutte le parti coinvolte nel processo di pubblicazione della Rivista (autori, redattori, referees, editori) conoscano e condividano i seguenti requisiti etici.

Doveri della Direzione scientifica

Decisioni sulla pubblicazione

La Direzione Scientifica della Rivista è responsabile della decisione di pubblicare gli articoli sottoposti alla Rivista stessa. La Direzione scientifica è guidata dalle politiche editoriali della Rivista e vincolata dalle disposizioni di legge vigenti in materia di diffamazione, violazione del copyright e plagio. La Direzione Scientifica della Rivista, nell'assumere queste decisioni, si avvale del supporto dei referees del Comitato per la valutazione, composto di regola da Professori di ruolo italiani e stranieri o di referees esterni scelti, in ragione della loro autorevolezza e della competenza specifica richiesta, secondo una procedura di blind peer review.

Correttezza

La Direzione è tenuta a valutare i contributi esclusivamente per il loro contenuto scientifico.

Conflitto di interessi e trasparenza

La Direzione Scientifica, pur nel rispetto dell'anonimato dell'autore e del valutatore, assicura che ai referees non siano sottoposti contributi rispetto ai quali costoro abbiano o possano avere conflitti di interesse.

Riservatezza

La Direzione Scientifica e le Redazioni sono tenuti a non divulgare alcuna informazione sui contributi inviati ad alcun soggetto diverso dagli autori, dai referees incaricati della valutazione, dal Comitato editoriale e dall'editore, a seconda dei casi. Il materiale inedito contenuto nei contributi sottoposti alla Rivista non può essere usato

da alcuno dei componenti della Direzione Scientifica, dei referees, incaricati della valutazione e delle Redazioni, per proprie ricerche, senza il consenso dell'autore.

Qualità

Se il Comitato Editoriale o una delle Redazioni rileva o riceve segnalazione di un problema rilevante in merito ad errori/imprecisioni, conflitto d'interessi, o plagio in un articolo pubblicato, ne darà tempestiva comunicazione all'Autore e all'Editore ed intraprenderà ogni azione necessaria per chiarire la questione.

In caso di necessità, ritirerà l'articolo o pubblicherà una ritrattazione.

Doveri dei referee (peer reviewers)

Contributo alla decisione editoriale

I referees assistono la Direzione Scientifica nelle decisioni editoriali e, attraverso le proprie comunicazioni, possono eventualmente aiutare l'autore a migliorare il contributo.

Correttezza e rispetto dei tempi

Il revisore selezionato che non si senta qualificato alla revisione del contributo assegnato o che sappia di non essere in grado di eseguire la revisione nei tempi richiesti deve tempestivamente darne comunicazione all'Editore o alla Direzione, rinunciando al processo di revisione.

Riservatezza

I contributi ricevuti per la revisione devono essere trattati dai referees come documenti riservati. Essi non devono essere mostrati o discussi con alcuno che non sia previamente autorizzato dalla Direzione Scientifica. Le informazioni o idee acquisite tramite la revisione dei contributi devono essere mantenute riservate e non possono essere utilizzate per vantaggio personale.

Oggettività

La peer-review deve essere condotta in modo oggettivo. Ogni giudizio personale sull'autore è inopportuno. I referees devono esprimere le proprie opinioni in modo chiaro e con il supporto di argomentazioni limpide e documentate. Essi, qualora non ritengano pubblicabile l'articolo se non previa modifica o integrazione, sono tenuti a motivare adeguatamente i propri giudizi nella scheda standardizzata fornita dall'Editore.

I referees hanno il compito di identificare la presenza di materiale bibliografico rilevante per il lavoro da valutare, che non sia stato citato o adeguatamente considerato dagli autori.

Conflitto di interessi ed autenticità

Ove il referee individui la paternità del saggio sottoposto alla sua valutazione ed esistano conflitti d'interesse dovuti a precedenti rapporti di collaborazione, è tenuto a non accettare la valutazione; lo stesso dicasi in ipotesi di concorrenza.

Il referee deve richiamare l'attenzione della Direzione Scientifica o della Redazione, qualora ravvisi una somiglianza sostanziale, o una sovrapposizione tra il contributo in esame e qualunque altro documento pubblicato di cui ha conoscenza personale.

Doveri degli autori

Originalità e plagio

Gli autori devono garantire che le loro opere siano pienamente originali e, qualora siano utilizzati il lavoro e/o le parole di altri autori, che queste siano opportunamente parafrasate o citate letteralmente. Il corretto riferimento al lavoro di altri autori deve essere sempre indicato. Gli autori hanno l'obbligo di citare tutte le pubblicazioni rilevanti ai fini dell'elaborato proposto.

Accuratezza nella presentazione dei contributi

Gli autori di articoli basati su ricerca originale devono presentare un resoconto accurato del lavoro svolto, nonché una discussione obiettiva del suo significato. I dati relativi devono essere rappresentati con precisione nel contributo. Dichiarazioni fraudolente o volontariamente inesatte costituiscono un comportamento non etico; sono inaccettabili. Gli elaborati devono contenere sufficienti dettagli e riferimenti per permetterne, eventualmente, ad altri la replica.

Pubblicazioni multiple, ripetitive e/o concorrenti

I contributi proposti non devono essere stati pubblicati come materiale protetto da copyright in altre riviste. I contributi in fase di revisione dalla Rivista non devono essere sottoposti ad altre riviste ai fini della pubblicazione.

Inviando un contributo, l'autore/gli autori concordano sul fatto che, se il contributo è accettato per la pubblicazione, tutti i diritti di sfruttamento economico, senza limiti di spazio e con tutte le modalità e le tecnologie attualmente esistenti e/o in futuro sviluppate saranno trasferite all'Editore.

Paternità dell'opera

La paternità letteraria del contributo è limitata a coloro che hanno dato un contributo significativo per l'ideazione, la progettazione, l'esecuzione, o l'interpretazione dello studio. Tutti coloro che hanno dato un contributo significativo devono essere elencati come co-autori. Qualora altri soggetti abbiano partecipato ad aspetti sostanziali del progetto di ricerca, devono essere riconosciuti ed elencati come contributori. L'autore di riferimento deve garantire che tutti i relativi coautori siano inclusi nel contributo, che abbiano visto e approvato la versione definitiva dello stesso e che siano d'accordo sulla presentazione per la pubblicazione.

Conflitto di interessi e divulgazione

Il contributo deve segnalare l'esistenza di conflitti finanziari od altre tipologie di conflitto d'interesse che possano influenzare i risultati o l'interpretazione del contributo. Tutte le fonti di sostegno finanziario al progetto devono essere indicate.

Errori negli articoli pubblicati

Qualora un autore riscontri errori significativi o inesattezze nel contributo pubblicato ha il dovere di comunicarlo tempestivamente all'Editore e cooperare con lo stesso al fine di ritrattare o correggere il contributo.

Politica di Green Open Access

La durata dell' "embargo" ai fini di catalogazione in open access di singoli contributi della Rivista in repository istituzionali(c.d. green open access), viene stabilita dall'Editore della Rivista, di volta in volta su motivata richiesta dell'interessato e non può essere inferiore ai due anni. L'Editore dichiara con comunicazione scritta l' "embargo" entro 20 giorni dalla richiesta dell'interessato, nel caso di mancata risposta il silenzio dell'Editore equivarrà a risposta di embargo di due anni.

PROCEDURA DI REVISIONE

I contributi che aspirano a essere pubblicati vengono trasmessi, per posta elettronica ed in formato Word, a uno degli indirizzi dei Direttori stefano.ambrosini@studio-ambrosini.it o ilcaso.benassi@gmail.com i quali dopo una prima delibazione, lo avviano al referaggio o revisione scientifica tra pari (*peer review*), una volta espunto dal testo ogni elemento idoneo a consentire l'identificazione dell'autore o dell'autrice.

Per contributi della Parte Prima della Rivista la revisione scientifica viene affidata, con il metodo del "doppio cieco", ad un componente del Comitato di valutazione, verificata l'assenza di conflitti d'interessi e di legami particolari (di parentela o affinità, di stretta amicizia, di colleganza nel medesimo Dipartimento o nella medesima Scuola accademica) con l'autore o con l'autrice.

Al *referee* viene richiesto di esprimere, entro il termine massimo di 15 giorni, la propria valutazione (positiva ovvero negativa) in ordine al fatto se il lavoro sottoposto al suo esame sia maturo per la pubblicazione nella Rivista, formulando e motivando un breve giudizio scritto, che viene inviato alla Direzione scientifica, la quale ne cura l'inoltro, in maniera anonima, all'autore/autrice dell'articolo.

Nel caso in cui la valutazione del *referee* risulti negativa, e comunque in ogni caso in cui si reputi opportuno un riscontro della prima valutazione, la Direzione scientifica della Rivista può decidere collegialmente di interpellare, con le medesime modalità del primo, un secondo *referee*, oppure, la Direzione della Rivista ha la facoltà, qualora ritenga comunque utile la pubblicazione, di pubblicare il lavoro nelle rubriche non oggetto di referaggio, con specifica indicazione.

Le schede contenenti le valutazioni espresse dai *referees* vengono archiviate e conservate a cura della Direzione della Rivista.

In linea con le previsioni del Regolamento dell'ANVUR, non sono di regola sottoposti a revisione scientifica (*peer review*): (a) i lavori pubblicati, a firma della Direzione o di uno o più condirettori, nella misura in cui si tratti di lavori specificamente rivolti alla rappresentazione di una determinata linea editoriale della Rivista ovvero al lancio di una determinata proposta culturale, il cui merito non è perciò assoggettabile ad una valutazione esterna; (b) gli articoli scaturiti dalla partecipazione a seminari o convegni.

In casi eccezionali, la Direzione può assumere direttamente la responsabilità della pubblicazione di singoli contributi senza sottoporli a previa revisione scientifica, segnalando la circostanza e le relative motivazioni in una nota nella prima pagina del contributo.

Quaderni
di
Ristrutturazioni Aziendali
Anno 2023 – Fascicolo II

Sezione I – Dottrina

Sommario

Sezione I – Dottrina

***Composizione negoziata
e concordato semplificato***

STEFANIA PACCHI , <i>Gli sbocchi della composizione negoziata e, in particolare, il concordato semplificato</i>	4
VINCENZO DONATIVI , <i>Il presupposto oggettivo della composizione negoziata (e dell'allerta interna)</i>	51
GIUSEPPE BOZZA , <i>Il ruolo del giudice nel concordato semplificato</i>	77
STEFANIA PACCHI , <i>Il concordato semplificato: un epilogo ragionevole della composizione negoziata</i>	123
STEFANO AMBROSINI , <i>Concordato semplificato: la giurisdizione come antidoto alla “coattività” dello strumento e alla “tirannia” dell'esperto</i>	142

Sezione II – Giurisprudenza

<i>Il Tribunale di Ravenna sulla composizione negoziata di gruppo ex art. 25 CCII - Tribunale di Ravenna, 24 febbraio 2023</i>	157
<i>Composizione negoziata e finanza prededucibile: il caso Sampdoria - Tribunale di Genova, 9 giugno 2023</i>	166
<i>Nuova istanza di conferma delle misure protettive e opposizione del creditore - Tribunale di Ancona, 4 agosto 2023</i>	171
<i>Il Tribunale di Mantova sulla modifica e sulla esecuzione della proposta di concordato semplificato – Tribunale di Mantova, 19 ottobre 2023</i>	174
<i>Parere (negativo) dell'esperto e nomina dell'ausiliario: un esempio di esercizio "virtuoso" del controllo giudiziale - Tribunale di Vicenza, 9 novembre 2023</i>	178

Quaderni
di
Ristrutturazioni Aziendali
Anno 2023 – Fascicolo II

Sezione I - Dottrina

GLI SBOCCHI DELLA COMPOSIZIONE NEGOZIATA E, IN PARTICOLARE, IL CONCORDATO SEMPLIFICATO*

STEFANIA PACCHI

Sommario: 1. Premessa. - 2. La soluzione idonea. – 2.1. Il contratto con uno o più creditori. - 2.2. La convenzione di moratoria. – 2.3. L'accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto. - 2.4. Conclusioni sulla soluzione idonea di cui all'art. 23, comma 1. - 3. Quando non è stata individuata una soluzione tra quelle di cui al comma 1 dell'art. 23 CCI. – 3.1. Il piano attestato di risanamento. – 3.2. Il ricorso agli altri strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza. – 3.3. Conclusioni sulle soluzioni indicate nel comma 2 dell'art. 23 CCI. - 4. Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio: quando si può domandare. - 5. La semplificazione e la dipendenza dalla relazione finale dell'esperto. - 6. I presupposti soggettivo ed oggettivo. - 7. La disciplina dell'istituto. - 8. La natura del concordato semplificato e gli elementi distintivi. - 9. Conclusioni sul concordato semplificato.

Abstract: Il saggio prende le mosse dalla considerazione del cambiamento del contesto normativo in cui si è inserita l'intesa semplificata. L'Autore esamina: il rapporto tra la soluzione negoziata e l'accordo semplificato; gli aspetti distintivi del contratto e il significato.

Parole Chiave: Codice della crisi, composizione negoziata, concordato semplificato, piano di risanamento.

Abstract: The essay starts from the consideration of the change in the regulatory context in which the simplified agreement was inserted. The Author examines: the relationship between Negotiated settlement and Simplified agreement; the distinctive aspects of the agreement and the meaning of its inclusion within the

* Il presente contributo viene pubblicato anche su Le Corti fiorentine.

scope of compulsory agreements and finally the procedural guarantees to protect the right to credit.

Keywords: Italian Insolvency Code (“Codice della crisi”), negotiated crisis settlement, simplified agreement, recovery plan.

1. Premessa

Come premessa del tema che con questo studio mi propongo di affrontare, è utile ricordare che l’obiettivo della composizione negoziata è quello di individuare una soluzione idonea¹ al superamento della situazione di squilibrio patrimoniale o economico finanziario che rendono probabile la crisi o l’insolvenza. Con la CN si incentiva la tempestività² al di là di quello che potrà essere l’impatto della soluzione finale sull’imprenditore.

Nella visione del legislatore al centro sta, infatti, l’obiettivo di evitare a qualunque costo la liquidazione disgregativa che per lo più si impone quando il ritardo nell’approccio alla crisi ha eroso il complesso aziendale e vanificato ogni interesse del mercato per l’impresa. Volendo scongiurare ciò, il legislatore incentiva il ricorso alla composizione negoziata – oltre che con la possibilità di chiedere misure protettive o cautelari, con il vantaggio di misure premiali e con la rassicurazione di esenzioni da revocatoria e da reati di bancarotta - anche con un ventaglio di soluzioni che possono comportare sia la conservazione diretta che indiretta. Come sbocco di ultima istanza, inserisce poi il concordato semplificato che, al di là delle facilitazioni che immediatamente si palesano per l’imprenditore, presenta una barriera protettiva rispetto all’interesse dei creditori non potendo recare loro pregiudizio rispetto all’alternativa della liquidazione giudiziale (art. 25-*sexies*, comma 5) che, a quel punto, sarebbe inevitabile.

¹ Per portare a termine le trattative le parti hanno a disposizione un arco temporale di 180 giorni che, tuttavia può essere ampliato per non oltre ulteriori 180 giorni quando tutte le parti lo richiedono e l’esperto vi acconsente, o quando la prosecuzione dell’incarico è resa necessaria a seguito dell’accesso alle misure protettive o cautelari, o di richieste autorizzative, o, ancora, nell’ipotesi di sostituzione dell’esperto (art. 17, comma 7). Durante questo periodo le trattative possono concludersi positivamente o invece “arenarsi” provocando l’archiviazione della composizione negoziata.

² La molla verso la tempestività dovrebbe essere costituita dall’offerta di un percorso, che se correttamente intrapreso ha tutte le potenzialità per condurre a soluzioni comunque sia preventive.

In quest'ottica individuiamo allora come norma di particolare rilevanza quella contenuta nell'art. 23 che, disciplinando la conclusione delle trattative tra l'imprenditore e i suoi creditori, condotte con l'assistenza dell'esperto, offre un variegato paniere di opzioni, tra le quali alcune sono "tipiche e auspicabili soluzioni" di questo percorso protetto, mentre altre rinviano a strumenti "classici" dell'ordinamento concorsuale. "All'ampiezza del presupposto oggettivo per l'accesso alla composizione negoziata (crisi, pre-crisi, insolvenza) corrisponde" così "un'elevata flessibilità delle soluzioni con cui le trattative con i creditori possono concludersi (art. 23)"³.

2. La soluzione idonea

Quando è individuata una soluzione idonea al superamento della situazione di cui all'art. 2, comma 1, le parti possono approdare alternativamente a una soluzione interamente stragiudiziale quale:

a) un contratto, con uno o più creditori, che produce gli effetti di cui all'art. 25-bis, comma 1, (*la riduzione alla misura legale degli interessi sui debiti tributari e delle relative sanzioni*) se, l'esperto nella relazione finale (art. 17, comma 8) dichiara che è idoneo ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore a due anni.

b) una convenzione di moratoria ai sensi dell'art. 62 CCI.

c) Un accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto che produce gli effetti di cui agli artt. 166, comma 3, lett. d), e 324. Con la sottoscrizione dell'accordo l'esperto da atto che il piano di risanamento appare coerente con la regolazione della crisi o dell'insolvenza.

Se l'imprenditore in composizione negoziata è sottosoglia, occorre tener conto anche di possibili specifici esiti perché peculiari sono gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza previsti dalla legge per questa categoria di imprenditori. Se è stato raggiunto un accordo con tutti o parte dei creditori, l'imprenditore sotto soglia può: **a)** concludere un contratto privo di effetti nei confronti dei terzi idoneo ad assicurare la continuità aziendale *ex art. 25-quater*, comma 3, lett. a); **b)** concludere un accordo avente il contenuto della convenzione di moratoria *ex art. 25-quater*, comma 3, lett. b); **c)** concludere un accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto, idoneo a produrre effetti premiali sul piano della dilazione dei debiti tributari *ex art. 25-quater*, comma 3, lett. c); **d)** per la sola impresa agricola, domandare l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art. 25-quater*, comma 4, lett. d). Rispetto a quelli riservati all'imprenditore medio-grande

³ ASSONIME, *Guida al Codice della crisi*, 14 dicembre 2022, 31.

questi strumenti presentano alcuni tratti differenziali per rendere appropriato lo strumento (in particolare) alle imprese sottosoglia.

Una prima notazione di fondo s'impone: gli strumenti previsti dall'art.23, comma 1, come ipotesi conclusive della composizione negoziata possono ritenersi espressione tipica dell'istituto in quanto esiti che per un verso sono raggiunti all'interno del percorso - tanto ciò è vero che saranno oggetto della relazione finale dell'esperto *ex art. 17, comma 8* - e, per un altro, verosimilmente possibili in presenza di una situazione di pre-crisi o, al massimo, di temporanea difficoltà che rende perciò l'imprenditore ancora "degn" di credito e i creditori disponibili a collaborare in attesa di un superamento.

Su questa linea si collocano senza dubbio i primi due strumenti: il contratto con uno o più creditori (lett. *a*) e la convenzione di moratoria (lett. *b*).

2.1. Il contratto con uno o più creditori

Quello di cui alla lettera *a*) – il contratto con uno o più creditori – è finalizzato a consentire il mantenimento della continuità aziendale per almeno un biennio, come dichiarato dalla relazione finale dell'esperto. Tale contratto, in quanto risponda ai requisiti previsti, produce gli effetti di cui all'articolo 25-*bis*, che dispone le misure premiali di carattere fiscale.

Da una lettura testuale si potrebbe escludere la produzione di ulteriori effetti.

È stato tuttavia correttamente osservato che non possono mettersi in discussione gli effetti che si erano già prodotti in conseguenza dell'apertura della composizione negoziata purché l'idoneità ad assicurare la continuità aziendale sia certificata dall'esperto nella relazione finale.

Ciò significa che permangono gli effetti che si sono prodotti automaticamente in conseguenza dell'apertura e quelli prodottisi in conseguenza del rispetto dei controlli disposti sulla gestione dell'impresa. Rispetto a queste due categorie si tratta degli effetti della esimente penale *ex art. 322, comma 3 e 323* e di quelli della "esenzione" da revocatoria prodotti dall'articolo 166, comma 2. Non vengono, invece, "trascinati" gli effetti di cui all'art. 22 CCI, relativi al collocamento in prededuzione dei crediti derivanti dai finanziamenti autorizzati dal Tribunale, perché il trascinamento di tali effetti è esplicitamente condizionato ad uno sbocco delle trattative in una delle soluzioni elencate nell'art. 24 CCI⁴.

Per quanto riguarda le misure premiali di carattere fiscale disposte dall'art. 25-*bis* ed espressamente richiamate dall'art. 23 CCI, dobbiamo ritenere che

S. BONFATTI, *Profili della composizione negoziata della crisi d'impresa- Esito della procedura: il "contratto biennale" e la Convenzione di moratoria*, ivi, 1° marzo 2022.

permangano quelle relative al periodo anteriore alla conclusione delle trattative e che a queste si aggiungano quelle conseguenti all'accordo (come sbocco positivo delle trattative) relative al periodo successivo alla chiusura del percorso⁵.

Ove il contratto, invece, non risponda ai requisiti di legge fissati nella lett. *a*) del comma 1 dell'art. 23, l'imprenditore non potrà beneficiare delle misure premiali ma il contratto produrrà comunque effetti negoziali vincolanti fra le parti che l'hanno sottoscritto⁶.

La disposizione di cui alla lettera *a*) dell'art. 23, comma 1, CCI, è abbastanza scarna e priva di indicazioni circa il contenuto di detto contratto⁷.

Si immagina – sulla falsariga dell'art. 87, comma 1, lett. *d*), CCI - una estrema varietà di contenuto: ristrutturazione dei debiti (stralci parziali, modificazioni quantitative o qualitative, concessione di nuove garanzie eccetera), cessione dei beni, accolti, operazioni straordinarie, attribuzione ai creditori di partecipazioni, cessione di azienda o conferimento in una *newco* ecc. Siccome il legislatore ha denominato lo strumento con il termine “contratto” pare possibile ritenere che vi sia spazio non solo per pattuizioni di carattere finanziario “bensì possa terminare anche in un negozio volto a riorganizzare l'attività operativa e gestionale del debitore - anche solo temporaneamente - così da far fronte alle possibili criticità emerse nel breve periodo”⁸.

Tutto è ammissibile purché sia idoneo a risanare l'impresa e a soddisfare i creditori. Riguardo a questi ultimi, quando tutti non aderiscano, dovranno essere presenti risorse per soddisfare regolarmente gli estranei⁹.

⁵ In tal senso, L. PANZANI, *Il D.L. “Pagni” ovvero la lezione (positiva) del Covid*, in *www.dirittodellacrisi.it*, 25 agosto 2021, 34; S. BONFATTI, *Profili della composizione negoziata della crisi d'impresa- Esito della procedura: il “contratto biennale” e la Convenzione di moratoria*, cit.; A. ILLUMINATI, *Sub art. 23*, in F. DI MARZIO (diretto da), *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Milano, 2022, 91-92.

⁶ F. CANAZZA, *Brevi note sulla gestione dell'impresa nel corso della composizione negoziata e sulla conclusione delle trattative per la soluzione della crisi (artt. 9, 11, 12, 18 e 19, D.L. 24 agosto 2021, n. 118)*, in *www.weigmann.it*.

⁷ “Il termine contratto è evidentemente usato in senso tecnico, facendo riferimento alla nozione dettata dall'art. 1321 c.c., ma tale rilievo non aiuta ad individuare il contenuto del negozio”, L. PANZANI, *Gli esiti possibili delle trattative e gli effetti in caso di insuccesso*, in *Fallimento*, 2021, 1593.

⁸ N. MANZINI, *Composizione negoziata: esito e gli effetti delle trattative*, in *Quotidiano giuridico*, 6 ottobre 2021.

⁹ L. PANZANI, *Gli esiti possibili delle trattative e gli effetti in caso di insuccesso*, cit., 1594.

Dalla lettura della lett. a) di questo primo comma dell'art. 23 CCI, affiorano, però, alcuni dubbi.

In primo luogo, possiamo chiederci se parte del contratto possano essere soltanto i creditori come la letteralmente la legge dispone o se, invece, la rete di collaborazione necessaria ad assicurare la continuità debba essere ampliata ad altri soggetti (fornitori, investitori, clienti, società del gruppo, non creditori attuali ma sicuramente futuri).

Vista la flessibilità dello strumento pare necessario assumere un'interpretazione più ampia in quanto si tratta di presenze essenziali per sostenere l'impresa nel percorso di risanamento¹⁰. "Tale più ampia partecipazione, che testimonierebbe anche il credito dell'impresa sul mercato, potrebbe costituire un significativo elemento di conforto nella valutazione dell'esperto che non è finalizzata alla sola ristrutturazione dei debiti, ma alla verifica prospettica, sul piano economico e finanziario, della prospettiva di continuità aziendale, in un orizzonte temporale almeno biennale"¹¹.

Sempre con riferimento ai creditori, ci si chiede poi se controparte di questo contratto, perché esso possa produrre gli effetti previsti quale possibile sbocco positivo della Composizione negoziata, debbano essere soltanto coloro che hanno preso parte alle trattative e che sono, quindi, titolari di crediti sorti anteriormente all'instaurazione della composizione negoziata oppure, se possano intervenire anche i creditori rimasti fuori dal tavolo delle trattative perché successivi.

La norma, come è stato osservato¹², non distingue al riguardo ma, in ogni modo, non sussistono ragioni per escludere dalla partecipazione a questo contratto anche i creditori non partecipanti alle trattative e, in particolare, coloro

¹⁰ Per una lettura che prende atto del dato letterale rilevandone però la difficoltà a comprendere la *ratio*, V. ZANICHELLI, *Gli esiti possibili della composizione negoziata*, in *Dirittodellacrisi.it*, 26 ottobre 2021; S. BONFATTI, *Profili della composizione negoziata della crisi d'impresa- Esito della procedura: il "contratto biennale" e la Convenzione di moratoria*, cit.; A. ILLUMINATI, *Sub art. 23*, cit., 91. In senso decisamente favorevole a superare "le rigidità interpretative", L. GRATTERI, *La conclusione delle trattative e il nuovo strumento del concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio*, in G. SANCETTA – A. I. BARATTA – C. RAVAZZIN (a cura di), *La nuova composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa*, Milano, 2022, 318; R. D'ALONZO, *I compiti dell'esperto nella composizione negoziata, tra adempimenti e scadenze*, in *Diritto della crisi.it*, 11 gennaio 2022.

¹¹ L. GRATTERI, *La conclusione delle trattative e il nuovo strumento del concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio*, cit., 319.

¹² S. BONFATTI, *Profili della composizione negoziata della crisi d'impresa- Esito della procedura: il "contratto biennale" e la Convenzione di moratoria*, cit.; nello stesso senso A. ILLUMINATI, *Sub art. 23*, cit., 91.

che – sorti nel corso della composizione negoziata – hanno sostenuto l’esercizio dell’attività.

Un ulteriore punto sul quale fermare la riflessione è quello attinente all’arco temporale – un orizzonte biennale - al quale la norma circoscrive l’effetto del contratto sull’impresa.

Se il traguardo fosse una continuità (“a tempo”) per due anni, potremmo ritenere questa soluzione totalmente incongrua e lesiva per gli interessi dei creditori partecipanti e, ove presenti, anche dei terzi in quanto smentirebbe la *mission* stessa della composizione negoziata, che è quella di risanare l’impresa¹³. Occorre quindi immaginare che il contratto debba delineare anche l’effettivo punto d’arrivo ovvero il definitivo superamento dello stato di crisi¹⁴ con il ritorno dell’impresa ad una completa dimensione concorrenziale essendo stata risanata. Se l’imprenditore fosse giunto alla composizione negoziata presentando effettivamente una situazione di pre-crisi, lo strumento potrebbe probabilmente rimettere “in carreggiata” l’impresa. Diversamente occorrerà un piano più articolato e di più ampio respiro temporale.

Ciò comporta che l’esperto nella relazione finale debba in primo luogo redigere e motivare il proprio parere circa l’idoneità dell’accordo ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore a due anni operando una previsione che poggia sulla proiezione di risultati attuali in uno prossimo scenario di mercato¹⁵. In secondo luogo, dovrà però anche valutare l’*iter* successivo al biennio sia in termini di piano industriale che di manovre finanziarie che potrebbero rendersi necessarie alla luce dei risultati raggiunti. In questa prospettiva la relazione finale dell’esperto appare compito particolarmente arduo e delicato.

¹³ P. RIVA-G. ROCCA, *L’esito dell’intervento dell’esperto e il contenuto della relazione finale*, cit., 236, osservano che “il concetto di continuità aziendale e la sostenibilità del debito per un periodo di due anni parrebbero non coincidenti con quello di «risanamento» dell’impresa. Inoltre, il parere sull’idoneità del contratto a garantire la continuità di impresa per non meno di due anni si risolve, sostanzialmente, in una sorta di *attestazione atipica* da parte dell’esperto che in questa veste non potrà certo limitarsi a recepire le indicazioni del contratto e le dichiarazioni dell’imprenditore”.

¹⁴ Così, V. ZANICHELLI, *Gli esiti possibili della composizione negoziata*, cit.; L. PANZANI, *Gli esiti possibili delle trattative e gli effetti in caso di insuccesso*, cit., 1593.

¹⁵ N. ABRIANI, P. BASTIA, *Valutazione e presidio della continuità aziendale tra scienze economiche e diritto societario della crisi*, in www.dirittodellacrisi.it, 24 novembre 2022; G. FAUCEGLIA, *Le conclusioni delle trattative: riflessioni sull’art. 11, 1° comma, lett. a), L. n. 147/2021*, in *Dir. fall.*, 2022; A. QUAGLI, *Riflessioni aziendali sulla ammissione alla composizione negoziata (d.lgs. 118/2021)*, in *Il caso.it*, 10 gennaio 2022, 4 ss.; P. RIVA – G. ROCCA, *L’esito dell’intervento dell’esperto e il contenuto della relazione finale*, in *Quaderno n. 90 SAF, La composizione negoziata quale soluzione alla crisi d’impresa*, ODCEC di Milano, 2022, 235.

Per quanto riguarda il soddisfacimento dei creditori la legge tutto rimette all'autonomia contrattuale potendosi allora immaginare una moratoria anche di due anni. Sul punto non è previsto un contenuto minimo specifico¹⁶ visto che si possono convenire contrattualmente condizioni e termini differenti di soddisfacimento per ciascun aderente all'accordo non applicandosi (ovviamente) a questo strumento il principio della *par condicio creditorum*.

2.2. La convenzione di moratoria

Passando alla convenzione di moratoria di cui alla lett. b) del comma 1 dell'art. 23, possiamo innanzi tutto dire che, grazie al rinvio operato dalla disposizione all'art. 62 CCI, l'istituto rimanda a quello avente lo stesso nome e ormai conosciuto da tempo nell'ordinamento perché già disciplinato dalla legge fallimentare nell'art. 182-*octies* che poi il Codice della crisi ha riprodotto quasi pedissequamente.

La convenzione di moratoria è utilizzabile dall'imprenditore, anche non commerciale e anche sottosoglia come risulta sia dall'art. 23 CCI sia dall'art. 25-*quater*, comma 3, CCI, che fa riferimento per l'imprenditore sottosoglia che abbia ottenuto la nomina di un esperto indipendente di concludere, in esito alle trattative con i creditori, un accordo avente il contenuto dell'art. 62 CCI.

Con questo strumento vengono disciplinati in via provvisoria gli effetti della crisi mediante la sospensione del soddisfacimento dei creditori. La convenzione di moratoria, quindi, deve per lo più considerarsi una soluzione temporanea – una soluzione ponte della crisi o dell'insolvenza – che, in quanto tale, richiederà la successiva adozione di soluzioni più organiche attraverso la predisposizione di un vero e proprio piano di ristrutturazione in continuità diretta o indiretta dell'attività d'impresa con il conseguente onere dell'esperto di indicare nella relazione finale quali altri strumenti dovranno essere successivamente adottati per soddisfare la condizione posta dall'*incipit* del comma uno dell'articolo 23 e cioè che sia stata individuata una soluzione idonea al superamento della situazione di crisi o di insolvenza.

La convenzione di moratoria può avere ad oggetto la dilazione delle scadenze dei crediti, la rinuncia agli atti o la sospensione delle azioni esecutive e conservative nonché ogni altra misura che non comporti rinuncia al credito, in deroga agli artt. 1372 e 1411 c.c.

È efficace anche nei confronti dei creditori non aderenti che appartengano alla medesima categoria. A questi creditori non può essere, tuttavia, imposta

¹⁶ R. D'ALONZO, *I compiti dell'esperto nella composizione negoziata, tra adempimenti e scadenze*, cit.

l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione o il mantenimento di affidamenti, né l'erogazione di nuovi finanziamenti. Non è però considerata "nuova prestazione" la prosecuzione del godimento di beni oggetto di contratti di locazione finanziaria in corso.

Tale convenzione svolge la funzione assegnatagli dalla legge quando: (1) tutti i creditori appartenenti alla categoria siano stati informati dell'avvio delle trattative o siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede e abbiano ricevuto complete e aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale economica e finanziaria del debitore nonché sulla convenzione e i suoi effetti; (2) i crediti dei creditori aderenti appartenenti alla categoria rappresentino il 75% di tutti i creditori appartenenti alla categoria, fermo restando che un creditore può essere titolare di crediti inseriti in più di una categoria; (3) vi siano concrete e prospettive che i creditori della medesima categoria non aderenti, cui vengono estesi gli effetti della convenzione, possano risultare soddisfatti all'esito della stessa in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale; e (4) un professionista indipendente¹⁷ abbia attestato la veridicità dei dati aziendali, l'idoneità della convenzione a disciplinare provvisoriamente gli effetti della crisi e la ricorrenza delle condizioni di cui al punto 3.

Questo è il perimetro valutativo che la legge (art. 62, comma 2, lett. d) assegna a questa attestazione. Tenuto conto però della natura transitoria della convenzione, pare ragionevole prendere in considerazione "l'opportunità che la valutazione dell'attestatore riguardi anche la funzionalità della stessa a preservare l'efficacia del diverso strumento di risanamento già individuato, all'esito del percorso di composizione negoziata, per attuare il risanamento dell'impresa"¹⁸.

A questa valutazione si aggiunge quella dell'esperto che nella relazione finale, avendo seguito le trattative e vegliato su buona fede e correttezza dell'imprenditore durante tutto lo svolgimento della composizione negoziata, sarà in grado di mostrare se la convenzione di moratoria costituisca l'epilogo

¹⁷ Nella disciplina della convenzione di moratoria di cui alla legge fallimentare era previsto che il professionista dovesse attestare l'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici dei creditori interessati. Quest'obbligo è venuto meno nell'attuale norma in conformità all'impostazione generale del Codice della crisi secondo cui all'attestatore sono richieste soltanto le analisi contabili e le previsioni economiche ma non anche le valutazioni strettamente giuridiche. Sul punto V. LENOCI, sub *art. 62*, in F. DI MARZIO (diretto da), *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 266.

¹⁸ Così L. GRATTERI, *La conclusione delle trattative e il nuovo strumento ecc.*, cit., 321 che attribuisce all'attestazione anche la funzione di sventare eventuali abusi dello strumento della convenzione qualora venisse utilizzata per passare poi a un concordato preventivo avvalendosi delle misure premiali di natura fiscale.

direttamente ed effettivamente funzionale al risanamento dell'impresa o se invece sia soltanto un momento di passaggio per approdare successivamente ad altro strumento di composizione più strutturato.

In ogni caso non parrebbe da censurare che la convenzione di moratoria intervenisse, nella composizione negoziata, come sbocco interinale per agevolare un successivo strumento di regolazione della crisi (piano di ristrutturazione soggetto ad omologa o concordato preventivo) qualora tali passaggi fossero idonei a risanare un'impresa riportandola sul mercato.

La convenzione di moratoria è soggetta al procedimento di “approvazione giudiziale”, per cui deve essere comunicata con raccomandata con avviso di ricezione o presso il domicilio digitale – insieme alla relazione attestativa del professionista - a tutti i creditori non aderenti affinché entro trenta giorni possano proporre opposizione dinanzi al tribunale che decide in Camera di consiglio con decreto motivato, soggetto a reclamo davanti alla Corte d'appello ai sensi dell'art. 51 CCI.

2.3. L'accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto

Il terzo strumento previsto dal primo comma dell'art. 23 come uno degli esiti positivi delle trattative è l'accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto al quale conseguono le esenzioni da revocatoria e dai reati di bancarotta. Inoltre, la pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese (art. 25-bis, comma 4) consente all'imprenditore di conseguire i medesimi benefici fiscali previsti per il contratto sottoscritto con i creditori di cui alla lettera a).

L'istituto – che si basa su un piano economico finanziario di risanamento che deve dimostrare il raggiungimento di questo obiettivo e anche il pieno recupero dell'equilibrio patrimoniale ed economico-finanziario dell'impresa - costituisce lo sbocco da un lato più innovativo e dall'altro “che mostra i migliori tratti di percorribilità da parte degli operatori, almeno sotto il profilo teorico”¹⁹.

Non vi è dubbio che la sottoscrizione dell'accordo da parte dell'esperto costituisce la “cifra” dello strumento perché ha “la funzione di attestare la fattibilità del piano, intesa come prognosi positiva sulla realizzabilità degli obiettivi indicati; pertanto, se l'esperto giudica fattibile il risanamento,

¹⁹ P. RINALDI, *L'accordo di cui al comma 1, lett. c) e la sottoscrizione dell'esperto*, in S. BONFATTI – R. GUIDOTTI (a cura di), *Il ruolo dell'esperto nella composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa*, Torino, 2022, 375.

sottoscrive l'accordo, mentre rifiuterà la sottoscrizione se non lo giudica fattibile²⁰.

È così da condividere la notazione secondo cui “tale previsione rappresenta una possibilità di chiusura della composizione ad esito del percorso in cui l'esperto accompagna l'impresa nell'individuazione delle soluzioni per rimuovere le condizioni che rendono probabile la crisi o l'insolvenza e solo nel caso in cui l'esperto sia convinto della sostenibilità della soluzione scelta. D'altro canto, gli effetti che si producono in questo caso hanno rilevanza prorompente, in quanto rendono non revocabili quegli atti che siano stati individuati e indicati nell'ambito del piano formalizzato dall'impresa²¹.”

“Si tratta sostanzialmente di una rivisitazione del piano attestato che prende atto che un piano per essere credibile deve essere affiancato da accordi con uno o più creditori e quindi correttamente la norma si focalizza su questi lasciando in sordina il piano²².”

Questa dell'accordo è una soluzione alla quale si potrà pervenire quando l'imprenditore abbia trovato una soluzione della crisi con i propri creditori che preveda un sottostante *business plan* da porre in essere affinché si realizzi il risanamento.

Per questo accordo non è richiesta l'attestazione²³ in quanto è prevista la sottoscrizione dell'esperto anche se questa “pur non potendo avere un contenuto standardizzabile quanto agli impegni e garanzie da questi eventualmente assunti, ovvero alla mera partecipazione all'atto, certamente non potrà spingersi a dichiarazioni e garanzie che sarebbero invece contenuti nell'attestazione²⁴.”

²⁰ G. D'ATTORRE, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2022, 43. L. PANZANI, *Gli esiti possibili delle trattative ecc.*, cit., 1597, esclude che all'esperto sia richiesta l'attestazione, ma poi osserva che il tipo di accertamento richiesto con la sottoscrizione non è dissimile dall'attestazione di fattibilità. Parla di “attestazione minore”, rispetto a quella prevista dall'art. 56, comma 3, che concerne sia la veridicità dei dati aziendali che la fattibilità del piano>, la *Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione sul nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, 15 settembre 2022, 16.

²¹ P. RIVA – G. ROCCA, *L'esito dell'intervento dell'esperto e il contenuto della relazione finale*, cit., p.

²² V. ZANICHELLI, *Gli esiti possibili della composizione negoziata*, cit.

²³ Sul punto l'Allegato al decreto dirigenziale 28 settembre 2021 del Ministero della Giustizia, ed in particolare il protocollo, al punto 14.5 dove specifica che l'esperto nel valutare se sottoscrivere l'accordo tiene conto della sua idoneità al superamento dello squilibrio patrimoniale ed economico-finanziario, anche alla luce della check-list.

²⁴ P. RINALDI, *L'accordo di cui al comma 1, lett. c) e la sottoscrizione dell'esperto*, cit., 376.

La disposizione (art. 23, comma 1, lett. c) prevede letteralmente che l'accordo debba essere "sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto", ad una prima lettura potendo indurre a ritenere – vista anche la diversa espressione utilizzata nella lett. a) secondo cui il contratto viene concluso "con uno o più creditori" – che debba riportare la sottoscrizione di tutti i creditori e di conseguenza "un consenso plebiscitario" con la conseguenza di rendere "estremamente difficile per non dire impossibile l'accesso all'istituto"²⁵. Appare, quindi, preferibile non attribuire assolutezza all'espressione ("sottoscritto...dai creditori) ammettendo che l'accordo possa essere sottoscritto da una parte dei creditori o addirittura da uno soltanto che per l'importo del credito abbia un rilevante peso nell'operazione di risanamento.

Nell'idea del legislatore questo accordo ha un contenuto totalmente libero potendo contenere (v. allegato 1 del decreto dirigenziale del 28 settembre 2021) proposte indirizzate ai soci, ai fornitori strategici, ai creditori finanziari, agli enti, ai locatori ecc. È stato ritenuto (quantunque la tesi lasci perplessi) che questo accordo "a differenza del piano di cui all'art. 67, potrà prevedere anche una soluzione liquidatoria per l'imprenditore – proprio perché non vengono richiesti i presupposti di risanamento della crisi che invece sono presenti nel piano attestato, ma solo quelli dello squilibrio di cui al d.l. 118 – e dunque garantirà una maggiore platea applicativa"²⁶.

L'esperto sottoscrive questo accordo quale negoziatore dichiarando che l'accordo è idoneo a comporre la crisi o l'insolvenza e coronando, così, la funzione di soggetto terzo e imparziale che garantisce il corretto svolgimento delle trattative e impone il rispetto sia dei doveri di correttezza e buona fede che gravano su tutti i partecipanti, sia degli obblighi dell'imprenditore relativi alla gestione dell'impresa, sia della riservatezza a protezione dell'impresa e delle trattative.

Per la posizione conferita all'esperto, la sottoscrizione di questo contratto costituisce senza dubbio un aspetto rilevante dell'istituto in quanto, inoltre, "costituisce prova dell'esistenza della temporanea situazione di obiettiva difficoltà" (art. 25-bis, comma 4, cpv.3) e su questa base valida la fattibilità degli impegni²⁷. Si comprende pertanto il motivo per cui con la sottoscrizione

²⁵ V. ZANICHELLI, *Gli esiti possibili della composizione negoziata*, cit.

²⁶ P. RINALDI, *L'accordo di cui al comma 1, lett. c) e la sottoscrizione dell'esperto*, cit., 376.

²⁷ P. RIVA – G. ROCCA, *L'esito dell'intervento dell'esperto e il contenuto della relazione finale*, cit., p. osservano che "Non appare ragionevole prevedere la sottoscrizione dell'accordo da parte dell'esperto senza il preliminare svolgimento di verifiche. Inoltre, occorre considerare

possa venir meno l'onere di attestazione normalmente richiesto negli altri strumenti negoziali di regolazione della crisi.

È da sottolineare che, in seguito al d.lgs. 83/2022, l'art. 23 CCI non reca più l'indicazione (contenuta invece nell'art. 11 abrogato del d.l. 118/2021) che non occorre l'attestazione del professionista indipendente prevista dal medesimo articolo, ossia l'attestazione circa la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano²⁸.

L'accertamento che l'esperto deve compiere prima di sottoscrivere l'accordo non è, infatti, concettualmente dissimile dall'attestazione della fattibilità del piano prevista dall'articolo 56 CCI rendendo ragione della idoneità e della praticabilità dell'accordo rispetto sia al punto di partenza (lo squilibrio) che a quello d'arrivo (il risanamento).

È la sottoscrizione dell'esperto che "smuove" i creditori verso l'accordo quando "vi siano condizioni di credibilità e affidabilità della situazione contabile di partenza del piano, e - anche - di fattibilità del piano medesimo che non creino forti preoccupazioni sugli operatori, specie bancari"²⁹. In particolare, per questa categoria di creditori la "tranquillità della situazione è fondamentale perché ove si potesse raffigurare un rischio sull'attendibilità dei dati o sulla fattibilità del piano, non potrebbe dare l'adesione all'accordo imponendosi allora una soluzione dove sia prevista un'attestazione anche se ciò implicherà per l'imprenditore l'assunzione di maggiori costi³⁰.

lo scenario in cui l'accordo in corso di esecuzione si riveli non sostenibile, valutando le potenziali responsabilità dell'esperto sottoscrittore".

²⁸ Ciò non significa che sia stato reintrodotta l'onere di attestazione, a tal fine non potendo valorizzarsi neppure la circostanza che la lettera c) del comma 1 dell'art. 23 contiene ora l'indicazione che con la sottoscrizione dell'accordo l'esperto dà atto che il piano di risanamento appare coerente con la regolazione della crisi o dell'insolvenza. Tra l'altro, che l'esperto non possa essere equiparato al professionista indipendente lo si ricava anche dall'art. 16, comma 2 del Codice. Sul punto, L. PANZANI, *Gli esiti possibili delle trattative ecc.*, cit., 1596. Ad ogni buon conto "è ben difficile immaginare che il professionista che si pone come garante della serietà ed efficienza delle trattative si presenti ai creditori senza aver fatto alcuna verifica sulla documentazione prodotta dal debitore in quanto ne verrebbe minata la sua autorevolezza; pare infatti evidente che coloro che devono interloquire con l'imprenditore alla ricerca di una soluzione vogliano avere la ragionevole certezza che le carte messe sul tavolo siano veritiere e quindi delle due l'una: o di tale veridicità si fa garante l'esperto oppure i creditori chiederanno sistematicamente una verifica ad altro professionista, così come consente implicitamente l'art. 16 autorizzando l'esperto ad avvalersi di un revisore legale, con ciò che ne consegue in termini di tempo e di oneri per l'imprenditore in crisi", V. ZANICHELLI, *Commento a prima lettura del decreto legislativo 17 giugno 2022 n. 83 pubblicato in G.U. il 1 luglio 2022*, in *Dirittodellacrisi.it.*, 1° luglio 2022.

²⁹ P. RINALDI, *L'accordo di cui al comma 1, lett. c) ecc.*, cit., 376.

³⁰ P. RINALDI, *L'accordo di cui al comma 1, lett. c) ecc.*, cit., 377.

Sorge allora il quesito se da questa sottoscrizione scaturisca a carico dell'esperto un'obbligazione e/o una garanzia circa l'esecuzione dell'accordo e se la stessa possa essere fonte di responsabilità nel caso in cui l'accordo non risulti fattibile o attuabile nel momento dell'esecuzione³¹.

2.4. Conclusioni sulla soluzione idonea di cui all'art. 23, comma 1

A conclusione dell'esame del comma 1 dell'art. 23, possiamo osservare che attraverso l'utilizzo di strumenti diversi lo sbocco può essere sia conservativo (questo è preferito) che liquidatorio, quest'ultimo in una triplice differente direzione e funzione in quanto si può avere una cessione dell'azienda in esercizio (con l'accordo di cui all'art. 23, comma 1 lett c)) oppure una cessione liquidativa del patrimonio che, per l'appunto, trattandosi d'impresa, implica cessione dell'azienda oppure una liquidazione atomistica.

Si favoriscono - evidentemente per il basso costo e la salvaguardia dei rapporti commerciali - le soluzioni *light*, definitive (quelle di cui alle lett. a e c dell'art. 23, comma I) o transitorie/interlocutorie (la moratoria di cui alla lett. b) che costituiscono l'approdo diretto (direi auspicato e naturale) delle trattative, senza tuttavia respingere le ipotesi (più costose e articolate) in cui "all'esito delle trattative" l'imprenditore ricorre o a uno strumento variamente plasmabile come l'accordo di ristrutturazione, che può godere del vantaggio competitivo derivante dal percorso precedentemente intrapreso, o a uno strumento "classico" come il piano attestato così come modellato e strutturato nell'art. 56, CCI o selezionato tra gli altri disciplinati nel Codice della crisi - tra i quali oggi è annoverato, oltre agli accordi di ristrutturazione e al concordato preventivo, il piano di ristrutturazione soggetto ad omologa (art. 64-bis) - o nella frastagliata disciplina dell'amministrazione straordinaria (d.lgs. 270/1999 e d.l. 347/2003) o a uno strumento "inedito" come il concordato semplificato.

Tale variegato plesso di soluzioni è armonico con la funzione che il legislatore ha assegnato alla composizione negoziata di percorso al quale accedere tempestivamente per giungere rapidamente a forme diverse, ma comunque rapide, di ristrutturazione preventiva che consentano la continuità diretta o indiretta dell'attività.

³¹ S. PACCHI, *Le misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale (Ovvero: i cambi di cultura sono sempre difficili)*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 9 agosto 2021; in senso contrario L. PANZANI, *Gli esiti possibili delle trattative ecc.*, cit., 1596. A questo adempimento non sembra tuttavia possano ricollegarsi le responsabilità penali di cui all'art. 342 CCI, stante la tipicità e la tassatività della fattispecie penale A. FAROLFI, *Le novità del D.L. 118/2021: considerazioni sparse "a prima lettura"*, in *Dirittodellacrisi.it*, 6 Settembre 2021, 8.

Da questa varietà di strumenti messi a disposizione delle parti, ricaviamo alcuni corollari. In primo luogo, siamo dinanzi alla valorizzazione dell'autonomia privata nella scelta del rimedio alla crisi per risanare l'impresa³².

Inoltre, quello della composizione negoziata rappresenta il percorso obbligato perché l'imprenditore che si trovi nella situazione descritta nell'art. 12, comma 1, possa accedere ad una qualsiasi delle soluzioni indicate nell'art. 23 e con gli effetti premiali eventualmente previsti per alcune di esse.

In terzo luogo, che l'esito positivo delle trattative viene fatto coincidere con l'accesso ad una delle soluzioni di carattere contrattuale – “secondo una prospettiva fortemente innovativa che si aggiunge alla più tradizionale figura del piano attestato di risanamento, in cui è del tutto assente un intervento giudiziale”³³ - di cui al comma 1 dell'art. 23 mentre quello non positivo (comma 2) può sboccare, oltre che nella predisposizione del piano attestato di risanamento di cui all'art. 56 o nella domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, nel concordato semplificato quando vi siano le relazioni e i pareri dell'esperto e dell'ausiliario.

3. Quando non è stata individuata una soluzione tra quelle di cui al comma 1 dell'art. 23 CCI

Se all'esito delle trattative nessuno degli sbocchi indicati al primo comma dell'art. 23 si rivela praticabile - perché non si è raggiunto un accordo - l'imprenditore, permanendo lo stato di crisi o d'insolvenza, può in alternativa³⁴:

- a) predisporre il piano attestato di risanamento di cui all'art. 56;
- b) domandare l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi degli artt. 57, 60 e 61. La percentuale di cui all'art. 61, comma 2, lett. c),

³² S. AMBROSINI – S. PACCHI, *composizione negoziata della crisi, concordato semplificato e segnalazioni per l'emersione anticipata della crisi*, in S. PACCHI – S. AMBROSINI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza, II ed.*, Bologna, 2022, 79.

³³ *Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione sul nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, 15 settembre 2022, 16.

³⁴ Il nuovo art. 23 che riproduce l'art. 11 del D.L. n. 118/2021 è stato modificato dal d.lgs. 83/2022: i possibili esiti sono adesso raggruppati in due commi (e non più in tre) a seconda che si tratti o no di soluzioni concordate. La locuzione “In alternativa” che chiude il primo periodo del comma 2 dell'art.23, deve essere intesa “non come soluzioni alternative a quelle di cui ai commi precedenti in presenza delle stesse condizioni, ma quali soluzioni alternativamente tra loro utilizzabili quando non ricorrono le condizioni che giustificano una convenzione stragiudiziale o una procedura di ristrutturazione ordinaria, agevolata o ad efficacia estesa, nel senso che è il debitore che può scegliere quale procedura adire”, G. BOZZA, *Il concordato semplificato introdotto dal d.l. n. 118 del 2021, convertito, con modifiche dalla l. n. 147 del 2021*, in *Diritto della crisi.it.*, 9 novembre 2021.

è ridotta al 60% se il raggiungimento dell'accordo risulta dalla relazione finale dell'esperto.

c) proporre la domanda di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio³⁵ di cui all'art. 25-*sexies*;

d) accedere ad uno degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza disciplinati dal codice della crisi (piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, concordato preventivo, liquidazione giudiziale, liquidazione coatta amministrativa) e dalle norme sull'amministrazione straordinaria di grandi imprese in crisi.

L'imprenditore sottosoglia, nel caso in cui non sia stato raggiunto un accordo, può ricorrere eventualmente ad una procedura di sovraindebitamento o al concordato semplificato mentre l'imprenditore agricolo potrà accedere alle procedure di concordato minore e di liquidazione controllata (anche se sopra

³⁵ Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio è stato introdotto dal D.L. 24 agosto 2021, n. 118, (conv. con modificazioni dalla L. 21 ottobre 2021, n. 147) e dopo importato nel Codice della crisi ad opera del d.lgs. 83/2022 e collocato negli artt. 25-*sexies* e 25-*septies* CCI. Sul concordato semplificato: M. VITIELLO, *Il concordato semplificato: tra liquidazione del patrimonio e continuità indiretta*, in *Il fallimentarista*, 26 aprile 2022; N. ABRIANI, *Concordato preventivo e ristrutturazione dell'impresa dopo il D.L. n. 118/2021: Que reste-t-il?*, in *Diritto della crisi.it*, 16 febbraio 2022; P.F. CENSONI, *Il concordato semplificato: un <<istituto enigmatico>>*, *Ristrutturazioni aziendali*, 22 febbraio 2022; A. ROSSI, *L'apertura del concordato semplificato*, *Diritto della crisi.it*, 18 marzo 2022; G. D'ATTORRE, *Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio*, in *Fallimento*, 2021, p. 1603 ss.; A. JORIO, *Qualche ulteriore considerazione sul d.l. 118/2021, e ora sulla legge 21 ottobre 2021, n. 147*, in *Ristrutturazioni aziendali* del 1° dicembre 2021, p. 10 ss.; A. MANCINI, *Composizione negoziata e sovraindebitamento (note intorno all'art. 17 dl. 118/2021)*, in *Crisi d'Impresa e Insolvenza-Il Caso.it* del 7 febbraio 2022, p. 15 ss.; M. DI SARLI, *Composizione negoziata della crisi e concordato semplificato: il d.l. 118/2021 ha dimenticato le start up innovative?*, in *Crisi d'Impresa e Insolvenza-Il Caso.it* del 21 settembre 2021; S. AMBROSINI, *Il concordato semplificato: primi appunti*, in *Ristrutturazioni aziendali* del 23 settembre 2021; R. GUIDOTTI, *La crisi d'impresa nell'era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato*, in *Ristrutturazioni aziendali* dell'8 settembre 2021; L. PANZANI, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid*, in *Diritto della crisi.it* del 25 agosto 2021; Id., *I limiti all'autonomia negoziale nella disciplina della crisi*, in *Le crisi d'impresa e del consumatore dopo il d.l. 118/2021*, *Liber Amicorum* per Alberto Jorio, a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2021, p. 201 ss., ivi a p. 227 ss.; L. A. BOTTAI, *La rivoluzione del concordato liquidatorio semplificato*, in *Diritto della crisi.it* del 9 agosto 2021; S. LEUZZI, *Analisi differenziale fra concordati: concordato semplificato vs. ordinario*, in *Diritto della crisi.it* del 9 novembre 2021; V. ZANICHELLI, *Gli esiti possibili della composizione negoziata*, in *Diritto della crisi.it*, 26 ottobre 2021; G. FICHERA, *Sul nuovo concordato semplificato: ovvero tutto il potere ai giudici*, in *Diritto della crisi.it.*, 11 novembre 2021; G. BOZZA, *Il concordato semplificato introdotto dal d.l. n. 118 del 2021, convertito, con modifiche dalla l. n. 147 del 2021*, cit.

soglia), al concordato semplificato liquidatorio e agli accordi di ristrutturazione dei debiti.

3.1. Il piano attestato di risanamento

Come prima opzione l'imprenditore può realizzare il *turnaround* con una ristrutturazione interna o comunque strettamente privata in cui i partecipanti si riducono a pochi soggetti: a tal fine si individua come strumento più idoneo il piano attestato di risanamento e gli accordi in sua esecuzione *ex art. 56 CCI* considerato che essi possono essere anche tenuti completamente riservati – così come la composizione negoziata – e quindi non incidere sul piano dell'immagine della società e della sua solidità finanziaria e patrimoniale.

Questo strumento può considerarsi, a ragione, come “la punta più avanzata del processo di privatizzazione della crisi d'impresa”³⁶ perché, recependo gli *input* lanciati a più riprese dall'Unione Europea e oggi scolpiti nella Direttiva *Insolvency* 2019 /1023, è proteso al recupero della continuità dell'impresa.

Allo stesso tempo, in un'ideale scala di attrezzi per affrontare una crisi, costituisce lo strumento meno invasivo che un imprenditore, uscito o meno da una composizione negoziata senza aver raggiunto un esito negoziale, può utilizzare prima di ricorrere agli accordi di ristrutturazione dei debiti (selezionando l'articolazione più consona alla fattispecie), o al concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio o al il piano di ristrutturazione soggetto ad omologa, o al concordato preventivo, nelle due modulazioni della procedura in continuità e liquidativa o se non è possibile alcuna di queste alternative compositive, alla liquidazione giudiziale o ad altra procedura liquidativa (liquidazione coatta o amministrazione straordinaria). Lasciando da parte queste ultime procedure liquidatorie alle quali l'imprenditore dovrà necessariamente ricorrere quando non vi sia nessuna possibilità di risolvere diversamente la situazione, ove invece la crisi ancora sopporti una più profonda ristrutturazione del debito e, in generale, dell'impresa sarebbe forse possibile ricorrere al nuovo piano di ristrutturazione soggetto ad omologa o al concordato preventivo che, grazie al suo carattere concorsuale e alle numerose facoltà concesse al debitore per il raggiungimento dell'obiettivo del risanamento, potrebbe consentire di evitare la liquidazione.

³⁶ G. B. NARDECCHIA, *Il piano attestato di risanamento nel Codice*, in *Fall.*, 2020, pp. 5 ss.

Per quanto riguarda il piano attestato il discorso è particolarmente interessante perchè la rivisitazione normativa dello strumento operata dal Codice della crisi, oltre a conferirgli una autonomia disciplinare, lo ha fatto assurgere – nella misura in cui il piano ha natura strategica³⁷ - a modello legale della pianificazione della crisi e, in quanto tale, a punto di riferimento obbligato per gli altri strumenti compositivi costruiti su un piano attorno al quale devono convergere le volontà delle parti³⁸.

La rubrica dell'art. 56, infatti, fa espresso riferimento alla nozione di “*Accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento*”, il che testimonia l'intento legislativo di dare rilievo ad atti dispositivi del patrimonio del debitore (quali, ad esempio, pagamenti, alienazioni, ricorso a nuovi finanziamenti, concessione di garanzie) sui quali è stata aperta una negoziazione tra le parti per raggiungere un accordo sulla composizione della crisi, assumendo la tutela dei creditori aderenti e estranei come asse attorno al quale si dipanano le regole.

In tal modo il Codice intende segnalare che la crisi potrà essere composta ricorrendo ad un piano, - “documento unilaterale di pianificazione strategica, industriale e finanziaria”³⁹ - strutturato secondo le prescrizioni dell'art. 56 CCII, e che per la sua esecuzione, produttiva degli effetti esonerativi di cui agli artt. 166, III co., lett. d) e 324, CCII, si formeranno accordi tra debitore e creditori. Il parziale consenso manifestato durante le trattative da una parte consistente dei creditori potrebbe così costituire la spinta verso un piano attestato che li coinvolga⁴⁰.

Per il piano attestato si registra, però, l'assenza di supporti per la continuità predisposti, invece, per gli strumenti più strutturati come gli accordi e i

³⁷ A. DANOVI, *Struttura e caratteristiche del piano*, in AA.VV., *Piano industriale e piano finanziario*, Milano, 2022, 12.

³⁸ “Il piano è il fulcro di ogni strumento compositivo della crisi e dell'insolvenza. Consiste in un documento che formalizza un percorso a contenuto variabile, potendo descrivere sia atti unilaterali che negoziali; complesse operazioni sul capitale e sull'organizzazione per disegnare un iter liquidativo o, invece, conservativo finalizzato al riequilibrio della situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'impresa” (S. PACCHI, *Il piano di risanamento tu tra disciplina in vigore, prossimo codice è presente pandemico*, in S. AMBROSINI (a cura di), *Le crisi d'impresa e del consumatore dopo il d.l. 118/2021, Liber Amicorum per Alberto Jorio*, Bologna, 2021, 443). Da ultimo sull'inquadramento del piano attestato nel Codice della crisi, R. BROGI, *Codice della crisi d'impresa: gli strumenti di regolazione della crisi di tipo negoziale*, in *Quotidiano Giuridico*, 20 dicembre 2022.

³⁹ B. BARTOLI, *Il piano di risanamento nel Codice della crisi*, in AA.VV., *Piano industriale e piano finanziario*, cit., 377.2

⁴⁰ L. PANZANI, *Gli esiti possibili delle trattative e gli effetti in caso di insuccesso*, cit., 1598.

concordati. Mi riferisco al blocco delle azioni esecutive e cautelari, alla sospensione delle norme societarie relative agli obblighi degli amministratori in presenza di perdita o di riduzione del capitale (art. 89 CCII); alla transazione fiscale; ai finanziamenti non muniti della prededuzione, così come non lo sono le spese per la gestione dell'impresa, anche se questa "fragilità" dello strumento è compatibile con l'assenza di un controllo giudiziale sia, conseguentemente, di un organo di controllo.

La ragione dell'assenza di misure protettive è da ascrivere, inoltre, all'impostazione del piano come atto unilaterale, prodotto dell'imprenditore e non elaborato durante negoziazioni che più o meno sempre si rivelano all'esterno provocando reazioni dei creditori. L'art. 56 CCI ragiona di "piano", del suo contenuto e della sua struttura, non ragiona di proposta che di per sé implica contatti e diffusione di ciò che sta avvenendo nell'impresa.

Le negoziazioni, quindi, evocate soltanto dalla rubrica dell'art.56, devono avvenire senza "copertura", la stragiudizialità volendo essere totale⁴¹.

Se però lo stesso piano attestato giunge a conclusione di una composizione negoziata, allora ha sfruttato quel percorso che potrebbe essere stato assistito da misure protettive o cautelari. L'acquisizione del bagaglio informativo e dialogico per la quale l'imprenditore ha avuto uno *spatium temporis* protetto, servirà a costruire più rapidamente un piano attestato per utilizzarlo da solo o, eventualmente, per accordi di ristrutturazione.

La fruibilità del piano attestato è sicuramente incentivata dalla possibilità di sottrarre gli atti esecutivi all'azione revocatoria e ciò sia per gli imprenditori "fallibili" che per quelli che, essendo esclusi dalla liquidazione giudiziale, dovranno far ricorso alla liquidazione controllata⁴². Incontriamo, infatti, la previsione (contenuta nell'art. 166, III comma, lett. *d*), CCI) di una "tenuta" del piano rispetto sia all'azione revocatoria "fallimentare", sia alla revocatoria ordinaria⁴³.

⁴¹ Come la giurisprudenza della S.C. ha più volte statuito il piano attestato non ha natura concorsuale (da ultimo Cass., 9087/2018) ma rientra nell'ampio *genus* delle "convenzioni stragiudiziali".

⁴² Si può, quindi, oggi rinvenire – grazie all'estensione dell'esenzione da revocatoria all'azione civilistica di cui all'art. 2901 c.c. – un interesse alla redazione di un piano *ex art. 56 CCII*, in quanto operazione cautelativa, da parte di diverse categorie di soggetti indipendentemente dall'area della concorsualità nel quale gravitano.

⁴³ Grazie alle lettere *d*) ed *e*), del III comma, dell'art. 166 CCII, è, così, risolto il contrasto giurisprudenziale sul punto sorto sulla base dell'art. 67 laddove dalla norma che pone le esenzioni da revocatoria sorgeva il dubbio se potesse essere estesa anche alla revocatoria

Per quanto riguarda il presupposto oggettivo — l'art. 56 CCII prevede che l'imprenditore (*tout court*)⁴⁴ possa trovarsi in stato di crisi o d'insolvenza⁴⁵. La verifica di questo presupposto, mancando un filtro giudiziale nel momento della

ordinaria (esercitabile *ex art.* 66). Sul tema, cfr. l'ordinanza Cass., 8.2.2019, n. 3778 (in *Fallimento.*, 2019, 5, 599, con nota di R. BROGI), che, andando di contrario avviso rispetto a Cass., 5 luglio 2016, n. 13719, ha statuito che l'esenzione di cui all'art. 67, co. 3, lett. e), L. Fall. (per la quale «non sono soggetti all'azione revocatoria» (tra gli altri) «gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione ... dell'accordo omologato ai sensi dell'art. 182-bis») si riferisce unicamente all'azione revocatoria fallimentare disciplinata dallo stesso art. 67 l. fall. e non anche all'azione revocatoria ordinaria contemplata dagli artt. 66 l. fall. e 2901 e ss. c. c. evidenziando come, quando abbia invece voluto riferirsi ad entrambe le azioni, il Legislatore ha fatto diverso ed esplicito riferimento omnicomprensivo alle «azioni revocatorie disciplinate nella presente sezione» (art. 69-bis l. fall.). L'esenzione “a tutto campo” favorirà l'utilizzo del piano attestato da parte degli imprenditori “fallibili”. Ma oggi questo *favor* è probabilmente replicabile anche per gli imprenditori che rientrano nel perimetro del sovraindebitamento. Ciò perché nella disciplina della liquidazione controllata incontriamo una disposizione in virtù della quale il liquidatore può “far dichiarare inefficaci gli atti compiuti dal debitore in pregiudizio dei creditori, secondo le norme del codice civile” (art. 274, II comma, CCII). In primo luogo, nonostante l'assenza di un rinvio contenuto nella disciplina della liquidazione controllata alla disciplina di cui agli artt. 162 ss., visto che il regime esonerativo è stato esteso all'azione revocatoria ordinaria potremmo ipotizzare una interpretazione sistematica unitaria. In secondo luogo, però, l'esenzione potrebbe essere conseguita considerando che gli atti, pagamenti e garanzie, previsti nel piano, - redatto secondo i principi fissati nell'art. 56 e munito di attestazione - e posti essere in sua esecuzione non potranno essere dichiarati inefficaci rispetto ai creditori anteriori in quanto sarebbe assente il presupposto soggettivo della c.d. *scientia damni* in capo al soggetto che ha contratto con l'imprenditore (art. 2901, I comma n.2, c.c. che governa l'esercizio dell'azione revocatoria di cui all'art. 274 CCII). Alla luce della regolamentazione dell'art. 56 CCII già possiamo anticipare, però, che gli atti esecutivi saranno “protetti” dall'azione revocatoria anche nel caso in cui l'imprenditore non venga sottoposto alla procedura concorsuale liquidativa (liquidazione giudiziale o liquidazione controllata).

⁴⁴ Il piano attestato può essere predisposto anche dall'imprenditore agricolo mentre è dubbio che vi possa accedere l'imprenditore minore considerato anche che il 25-quater non lo richiama tra i possibili sbocchi della composizione negoziata dell'imprenditore sotto-soglia. R. BROGI (*Codice della crisi d'impresa: gli strumenti di regolazione della crisi di tipo negoziale*, cit.) propende per l'esclusione perché “se è vero che il carattere negoziale dell'istituto in esame esclude il vaglio del tribunale, è altrettanto vero che quest'ultimo può intervenire *ex post* per verificare gli effetti prodotti dagli atti esecutivi del piano, con particolare riferimento all'esenzione dall'azione revocatoria (anche ordinaria) prevista nell'art 166, comma tre, lett. di CCP”. Sul punto v. anche infra a proposito dell'esenzione da revocatoria.

⁴⁵ La duplicità di presupposto oggettivo (crisi e insolvenza) è presente anche per gli accordi di ristrutturazione, per il PRO e per il concordato preventivo, il Codice della crisi volendo così lasciare all'imprenditore la possibilità di scegliere lo strumento di regolazione della crisi che individui come più adatto senza dover essere limitato dalla presenza dell'insolvenza, riconoscendo che è l'idoneità degli interventi adottati nel piano a determinarne l'esito indipendentemente dalla situazione di partenza. Occorre però evidenziare che l'utilizzo di una composizione negoziata in uno stato di precrisi, rafforza anche lo strumento adottato in esito alle trattative.

redazione del piano, è – per così dire - rimessa al debitore. Un esame da parte del giudice potrebbe, invece, avvenire – seguita la liquidazione giudiziale - nell’ambito del giudizio teso alla dichiarazione di inefficacia di un atto quando il curatore eccepisca, per contrastare l’esonero da revocatoria⁴⁶, l’assenza di crisi o d’insolvenza al momento della redazione del piano.

Ove il piano attestato costituisca l’epilogo della composizione negoziata potrebbe poggiare su una situazione antecedente la crisi (pre-crisi), divenendo così strumento ancor più idoneo al superamento dell’*impasse* assicurando inoltre più sicura protezione dalle azioni revocatorie.

Rispetto al contenuto, il piano attestato può presentare tutte le operazioni funzionali al risanamento dell’esposizione debitoria (ristrutturazione debiti) e al ripristino della situazione finanziaria (operazioni sull’impresa e sulla finanza)⁴⁷. In questo senso il piano attestato è la manifestazione più eclatante della “propensione per *tailor made solutions*” che saranno viepiù favorite da una precedente composizione negoziata.

Sulle orme di una prassi largamente accreditata negli anni, la disciplina del Codice della crisi prevede che il piano attestato di risanamento debba illustrare le condizioni, le ipotesi e le variabili secondo cui l’imprenditore si impegna a superare la situazione di crisi.

Questa analisi già è stata compiuta dall’esperto durante la composizione negoziata, per cui la redazione del piano attestato sfrutta l’attività svolta a tutto vantaggio della sua attendibilità. All’esame dell’esperto si aggiungerà poi quello dell’attestatore per cui, come è stato scritto “il <piano attestato>, pur in assenza di qualsiasi accordo con i creditori, potrebbe avere la sua utilità nell’ipotesi in cui esso costituisca, non già uno strumento per la soluzione della crisi di impresa, bensì una sorta di certificazione in ordine alla insussistenza del rischio *default* che l’imprenditore, semmai *border line*, rilascia al suo interlocutore (acquirente, creditore, ecc.) a garanzia della stabilità

⁴⁶ In tal senso anche G. NARDECCHIA, *Il piano attestato di risanamento ecc.*, cit., 6-7.

⁴⁷ “Non sembra che il piano attestato possa avere una vocazione liquidatoria virgola che si porrebbe, peraltro, quale viatico per la fruizione delle esenzioni previste per le azioni revocatorie in relazione agli atti di liquidazione (...) D’altra parte, la vocazione del piano attestato di risanamento alla continuità aziendale è evocata – oltre che dalla sua denominazione – anche dalla puntualizzazione (sin qui inedita) dei suoi contenuti” (R. BROGI, *Codice della crisi d’impresa ecc.*, cit.)

dell'operazione da realizzare (vendita di un cespite, pagamento di un credito, acquisizione di una garanzia reale, ecc.)⁴⁸.

Poiché si pone l'obiettivo di risanare l'esposizione debitoria e riequilibrare la situazione finanziaria, il piano attestato di risanamento, redatto per iscritto e munito di data certa, - così come dovranno esserlo per esigenze probatorie gli atti unilaterali e contratti posti in essere in esecuzione - dovrà descrivere puntualmente, muovendo dallo stato dell'impresa, gli interventi di natura patrimoniale, finanziaria, economica e strutturale commisurandoli all'intera area aziendale⁴⁹.

In primis la norma impone, infatti, più che una analitica descrizione dello stato dell'impresa, una vera e propria *disclosure* iniziando dalla sua "storia" ritenendo evidentemente che la descrizione sia del processo che ha condotto alla crisi sia dell'assetto economico-patrimoniale e finanziario, con gli impegni che gravano sul patrimonio, possano orientare nella valutazione del piano. L'attuale testo dell'art. 56 non prevede più che il piano sia accompagnato dalla documentazione di cui all'art. 39 che senza dubbio appare invece funzionale alla migliore informazione dei creditori⁵⁰.

⁴⁸ G. MICCOLIS, *La collocazione della composizione negoziata tra gli strumenti di soluzione negoziale della crisi di impresa alla luce del d.l. 118/2021*, in *Judicium*, 7 marzo 2022.

⁴⁹ Il piano dovrà: 1) fornire un'adeguata descrizione dei fatti che hanno determinato la crisi e un'analisi delle cause fornendo una riproduzione fedele dei processi, della relativa rilevazione contabile e dei loro effetti; 2) disegnare un'immagine esauriente della realtà aziendale, assimilabile a quella puntualmente riportata dal bilancio, nel senso che l'intervento di risanamento deve misurarsi sull'intera area aziendale, non solo su quella finanziaria; 3) illustrare le assunzioni e i presupposti sui quali l'organo amministrativo ritiene di fondare l'intervento di risanamento; 4) esporre gli interventi gestionali e organizzativi volti al superamento della crisi descrivendo gli attesi effetti economici, patrimoniali e finanziari; 5) prevedere azioni e rimedi per l'eventuale scostamento tra gli obiettivi fissati nel piano e la situazione in atto; 6) illustrare gli interventi sull'indebitamento che si ritengono necessari al recupero del riequilibrio finanziario (si tratta della manovra finanziaria); 7) illustrare, se previsto, il ricorso a nuova finanza; 8) allegare l'attestazione di un professionista indipendente sulla veridicità dei dati aziendali e la fattibilità economica del piano. Riguardo al contenuto dell'attestazione, il decreto correttivo al Codice della crisi (D.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147) aveva espunto la previsione che estendeva il controllo dell'attestatore alla fattibilità giuridica del piano. Quest'ultima rimane appannaggio del giudice nel successivo eventuale fallimento nel corso del giudizio per revocatoria promosso dal curatore.

⁵⁰ Il decreto correttivo al Codice della crisi (D.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147) ha espunto la previsione che era contenuta nel terzo comma dell'art. 56 che sanciva l'obbligo di allegare i documenti di cui all'art. 39 CCI, vale a dire "le scritture contabili e fiscali obbligatorie, le dichiarazioni dei redditi concernenti i tre esercizi o anni precedenti ovvero l'intera esistenza

Se però il piano consegue ad una composizione negoziata dove i flussi informativi sono stati completi, i creditori (in particolare coloro che non avevano partecipato alle trattative) non potranno lamentare questa carenza. Tutto ciò ricadrà a vantaggio anche del piano.

È, infatti, da evidenziare come le indicazioni che il piano deve contenere instaurino un monitoraggio sulle *performance* per poter tempestivamente intervenire quando si verifica uno scostamento tra obiettivi fissati, la situazione in atto e la tempistica prevista⁵¹.

Per quanto riguarda il monitoraggio è chiaro che essendo, per sua natura, lo strumento privo di controlli – sia da parte del tribunale che di un organo – questi incombono sull'imprenditore e anche sui diretti interessati (i creditori) che potranno imporre al debitore adeguati flussi informativi e modalità che consentano loro un monitoraggio sul piano *in progress*. Questa verifica in continuo costituisce un dovere per il debitore scolpito nel CCII nell'art. 3 e nell'art. 4, declinato sia nella predisposizione degli “adeguati assetti” ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative, sia nella tenuta di un comportamento improntato ai canoni di buona fede, correttezza (art. 4, I comma) e trasparenza sia nella negoziazione che nella predisposizione del corredo informativo (art. 4, II comma).

dell'impresa o dell'attività economica o professionale, se questa ha avuto una minore durata, i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi (...) anche in formato digitale, una relazione sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria aggiornata, uno stato particolareggiato ed estimativo delle sue attività, l'elenco nominativo dei creditori e l'indicazione dei rispettivi crediti, l'elenco nominativo di coloro che vantano diritti reali e personali su cose in suo possesso e l'indicazione delle cose stesse e del titolo da cui sorge il diritto, un'idonea certificazione sui debiti fiscali, contributivi e per premi assicurativi (...) una relazione riepilogativa degli atti di straordinaria amministrazione compiuti nel biennio anteriore”.

⁵¹ Quello degli strumenti da adottare in caso di scostamento tra gli obiettivi fissati nel piano e la situazione in atto nonché del monitoraggio sul piano è un punto fondamentale affinché il regime delle esenzioni possa essere effettivo. Per quanto riguarda “gli strumenti” possiamo fare riferimento “non solo alle azioni di mitigazione dei rischi nel momento in cui essi dovessero verificarsi, ma anche agli automatismi di rimodulazione dell'indebitamento nei confronti degli aderenti destinati a scattare in caso di derive critiche rispetto al piano. Il che nella pratica ricorre, ad esempio, nel momento in cui sono riviste clausole di infallibilità o clausole c.d. “*pay if you can*” od anche clausole che comportano, alla violazione di obiettivi di piano, il consolidamento del debito ovvero la sua automatica conversione in *equity* ovvero ancora lo stralcio di una sua parte”. In questa attività di monitoraggio del debitore assumono rilievo “gli strumenti da adottare” che, ai sensi dell'art. 56, devono essere indicati nel piano per affrontare gli eventuali scostamenti. La legge non precisa in cosa possano consistere.

Dal canto loro anche i creditori, oltre al dovere di buona fede e correttezza nell'esecuzione degli accordi (art. 4, I comma), incontrano un vincolo di collaborazione leale con il debitore (art. 4, IV comma) durante lo svolgimento delle tappe del percorso comune intrapreso per risolvere la crisi. In tale ottica anche su di loro incombe il dovere di monitoraggio onde evitare che l'esecuzione di atti non più armonici con le condizioni originarie dell'impresa e, quindi, con il piano, rechino pregiudizio alle parti (a quelle coinvolte e a quelle estranee) che non solo non potranno giovare delle coperture (da revocatoria e dalla sanzione penale) ma che saranno pregiudicate dall'esito di un piano divenuto non performante. L'attestazione non rende, infatti, inattaccabile ogni atto posto in base al piano se al momento della sua esecuzione fossero mutate le condizioni che sussistevano quando il professionista lo aveva valutato⁵².

3.2. Il ricorso agli altri strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza

Un'ulteriore *chance* a seguito dell'impossibilità di concludere con successo le trattative può essere quella di accedere ad uno degli strumenti di regolazione della crisi disciplinati dal CCI, come ad esempio agli accordi di ristrutturazione o al concordato preventivo che, grazie al loro carattere concorsuale e alle numerose facoltà concesse al debitore per il raggiungimento dell'obiettivo del risanamento, potrebbero consentire una più profonda ristrutturazione del debito e, in generale, dell'impresa.

Evidente è allora che in questo caso le trattative non hanno avuto un esito favorevole perché non è stata raggiunta una convergenza su uno dei tre strumenti negoziali extragiudiziali di cui al comma 1 dell'art. 23. A questo punto la resistenza dei creditori non aderenti può essere vinta con uno degli strumenti compositivi e non liquidativi di cui al comma 2 (lett. *a, b o c* per quanto riguarda il concordato preventivo) in quanto essi non potrebbero, in caso di liquidazione giudiziale o di altra alternativa concretamente praticabile, ottenere un trattamento migliore.

⁵² Pare così naturale ritenere, sulle orme dell'art. 58, II comma, CCII – quantunque la norma si riferisca agli accordi di ristrutturazione – che nel caso di modifica sostanziale del piano, resasi necessaria per realizzare la finalità del piano (il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e il riequilibrio della situazione finanziaria) compromessa dalla mutata situazione, il debitore, oltre che interagire con i creditori, debba munirsi di nuova attestazione sulla fattibilità economica del piano.

È previsto quindi (lett. *b*, comma 2 dell'art. 23) che l'imprenditore, anche non commerciale e diverso dall'imprenditore minore, all'esito delle trattative domandi in alternativa – quando la situazione dell'impresa sia scivolata in una vera e propria crisi o, addirittura, in insolvenza e vi sia, quindi, una forte conflittualità tra i creditori - l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti⁵³ che può essere l'accordo disciplinato dall'articolo 57 ovvero l'accordo ad efficacia estesa previsto circolo 61 ovvero infine l'accordo agevolato disciplinato dall'articolo 60 dove è stabilito che la percentuale del 60% è ridotta alla metà quando il debitore non proponga la moratoria dei creditori estranei agli accordi e non abbia richiesto e rinunci a richiedere misure protettive temporanee. A differenza dell'accordo previsto nel comma 1, lett. *a*) dell'art. 23, che opera in ambito esclusivamente stragiudiziale, gli accordi di ristrutturazione *ex artt.* 57, 60 e 61 assumono, in seguito all'omologazione, un'efficacia esterna ai fini dell'esenzione da revocatoria e dai reati di bancarotta.

Si tratta di uno strumento molto flessibile che può avere un contenuto vario potendo prevedere una serie anche combinata di pattuizioni negoziali. Potrebbero infatti essere utilizzati: il *pactum de non petendo*, la remissione del debito, la costituzione di garanzie, la concessione di nuova finanza, la conversione di credito in capitale, la costituzione di un *trust* o altri negozi di contenuto diverso aventi comunque la finalità di superamento della crisi attraverso la ristrutturazione dei debiti.

L'art. 57 non suppone la continuazione dell'impresa quale obiettivo finale dello strumento. Da ciò possiamo desumere che l'accordo di ristrutturazione ordinario *ex art* 57 possa avere anche finalità liquidatoria a differenza del piano attestato di cui all'art 56 preordinato al risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e al riequilibrio della situazione finanziaria.

⁵³ Secondo la giurisprudenza di legittimità, l'accordo di ristrutturazione dei debiti, anche se si tratta di un'ipotesi intermedia tra le forme di composizione stragiudiziale e le soluzioni concordatarie della crisi d'impresa, appartiene agli istituti del diritto concorsuale. Infatti, la stessa disciplina prevista dal legislatore risulta "coerente" rispetto alle caratteristiche dei procedimenti concorsuali quanto a forme di controllo e pubblicità sulla composizione negoziata, oltre agli effetti protettivi (Cass. 1182/2018 e Cass. 9087/2018). V., inoltre, anche le pronunce della S.C. che hanno posto, insieme al concordato preventivo, anche l'accordo di ristrutturazione dei debiti fra le procedure concorsuali alternative al fallimento (Cass. 1182/2018, che richiama Cass. 23111/2014 e Cass. 16950/2016).

Gli accordi di ristrutturazione sono conclusi dall'imprenditore con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti e sono soggetti ad omologazione ai sensi dell'art. 48.

A tal fine l'imprenditore deve, infatti, depositare l'accordo unitamente al piano di economico-finanziario di risanamento, il cui contenuto è indicato dall'art. 56 CCII, una relazione di un professionista che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo nonché l'attuabilità dell'accordo stesso con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei nel rispetto dei seguenti termini:

a) entro centoventi giorni dall'omologazione, in caso di crediti già scaduti a quella data;

b) entro centoventi giorni dalla scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti alla data dell'omologazione.

Con la nuova disciplina del Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza è stata ampliata dal nuovo art. 61 CCII la possibilità, già prevista dall'art 182-*septies*, L.F., di accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa in deroga agli artt. 1472 e 1411 c.c. in presenza dei requisiti espressamente indicati (omogeneità delle categorie, buona fede nelle trattative, informative complete ed aggiornate, soddisfazione in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale).

La possibilità di un'estensione forzosa dell'accordo ai creditori non aderenti viene prevista anche nei confronti dei creditori non finanziari, solo però in caso di finalità di risanamento e non liquidatorie e, quindi, nel caso in cui l'accordo preveda la prosecuzione dell'attività di impresa in via diretta o indiretta.

In entrambi i casi i crediti degli aderenti devono rappresentare la metà dell'indebitamento complessivo e devono rappresentare il settantacinque per cento di tutti i crediti appartenenti alla categoria.

In tal caso il debitore deve notificare l'accordo, la domanda di omologazione ed i documenti allegati ai creditori nei confronti dei quali chiede di estendere gli effetti dell'accordo.

L'art 60 del CCII prevede, inoltre, la possibilità di accordi con il trenta per cento dei crediti quando il debitore: a) non proponga la moratoria dei creditori estranei agli accordi; b) non abbia richiesto e rinunci a richiedere misure protettive temporanee.

E' possibile che l'imprenditore alla conclusione della composizione negoziata (che non ha generato soluzioni al suo interno) - per poter beneficiare della protezione conseguente al deposito della domanda di omologazione anche

quando non si sono ancora perfezionati gli accordi con i creditori rappresentanti almeno il 60% dei crediti, - richieda le misure protettive allegando la documentazione relativa alla situazione contabile, la proposta di accordo, corredata da un'attestazione del professionista indipendente che dichiara che sulla proposta sono in corso trattative con i creditori che rappresentano almeno il 60% dei crediti e che la stessa, se è accettata, è idonea ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare sono esclusi dalle misure protettive i diritti di credito dei lavoratori.

A tali misure non si accompagna il divieto – che sarebbe in contrasto con la libertà gestionale dell'imprenditore - di provvedere al pagamento dei creditori anteriori. È pacifico che negli accordi di ristrutturazione non vige la regola della *par condicio creditorum* o la regola dell'ordine delle cause di prelazione, in quanto che siamo dinanzi ad una negoziazione del singolo creditore con il debitore per cui ciascun creditore, avendo la disponibilità del proprio credito, potrà accettare la condizione propositagli dal debitore pur essendo diversa (per importo percentuale e ordine) da quella proposta a creditori di pari rango.

Questo strumento, diversamente dal piano attestato, può essere accompagnato da misure protettive di contenuto variegato la cui applicazione può essere chiesta dall'imprenditore con la domanda di omologazione.

Inoltre, le misure protettive impediscono che i creditori, che siano parti contrattuali, interrompano i contratti in corso di esecuzione per effetto del deposito della domanda di omologazione o per effetto di un precedente inadempimento del debitore.

È tuttavia previsto che, indipendentemente dalla concessione o meno di misure protettive, gli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dal debitore dopo il deposito della domanda e prima dell'omologazione del tribunale siano esenti da revocatoria. Queste saranno necessarie quando l'accordo di ristrutturazione non sia stato generato dalle trattative e vi sia necessità di avere a disposizione di un tempo protetto per negoziare.

L'accordo di ristrutturazione può non essere il frutto di un accordo raggiunto con i creditori nel corso delle trattative né deve necessariamente rappresentare la migliore soluzione possibile. “Ciò si desume dalla circostanza che un beneficio particolare” (sul quale infra) “è riservato all'imprenditore <se il raggiungimento dell'accordo risulta dalla relazione finale dell'esperto>, locuzione che deve essere intesa nel senso che la soluzione adottata deve essere

maturata nell'ambito delle trattative e non dopo la conclusione della negoziazione e quindi sostanzialmente patrocinata e condivisa dall'esperto"⁵⁴.

Ciò significa che l'accordo di ristrutturazione può essere frutto delle trattative (ed allora scatta il beneficio) oppure nascere da negoziazioni successive condotte in autonomia dall'imprenditore (ed in questo caso non scatta alcuna agevolazione).

Se dunque durante le trattative è intervenuto un accordo (risultante dalla relazione finale dell'esperto) - presumibilmente con gli stessi creditori disponibili a sottoscrivere gli accordi formali - la percentuale delle adesioni necessaria perché, nell'ambito delle categorie, l'accordo con la maggioranza sia estensibile alla minoranza si riduce al 60%. Questo è un beneficio che rende l'accordo ad efficacia estesa particolarmente appetibile. Non è necessario che abbiano aderito tutti i creditori anche perché la disciplina della composizione negoziata non prevede che tutti i creditori debbano partecipare alle trattative.

“Nella fattispecie, dunque, l'accordo deve necessariamente intervenire tra coloro che dovranno formalmente sottoscrivere il documento da allegare alla domanda di omologazione dello stesso. Tale adesione, per essere credibile e supportare la dichiarazione dell'esperto di intervenuto accordo, deve assumere quantomeno la forma della puntuazione (*term sheet*) che, seppure non definitivamente vincolante, renda probabile la successiva esplicita adesione"⁵⁵.

Il beneficio non spetta se la relazione non fa cenno dell'intervenuto accordo e quindi l'accesso alla procedura è frutto di autonoma determinazione del debitore che viene tuttavia comunque incentivato a tale passo mediante il riconoscimento dei benefici economici in ambito fiscale enunciati nell'art. 14 commi 1 (riduzione alla misura legale degli interessi sui debiti tributari), 2 (riduzione al minimo delle sanzioni tributaria da pagarsi entro un certo termine se questo scade dopo la presentazione dell'istanza di nomina dell'esperto) e 3 (riduzione alla metà della sanzioni e degli interessi sui debiti tributari sorti prima del deposito dell'istanza di nomina dell'esperto, e oggetto della composizione negoziata).

Anche l'accordo di ristrutturazione consente, in caso di successiva liquidazione giudiziale, l'esenzione da revocatorie e reati di bancarotta, tali salvaguardie si concretizzano con l'omologazione.

⁵⁴ V. ZANICHELLI, *Gli esiti possibili della composizione negoziata*, cit.

⁵⁵ V. ZANICHELLI, *L'ADR come esito possibile della composizione negoziata*, in S. BONFATTI-R. GUIDOTTI, *Il ruolo dell'esperto nella composizione negoziata ecc.*, cit., 379.

Sia il Piano di ristrutturazione soggetto ad omologa (art. 64-*bis*) sia il concordato preventivo (per la cui trattazione rinvio alla Parte II), infine, previsti tra gli strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza ai quali l'imprenditore può adire all'esito della composizione negoziata, potrebbero costituire pur sempre una "via di fuga" dalla liquidazione giudiziale. Il concordato preventivo, procedura concorsuale strutturata con passaggi giudiziali non rapidi, si scontrerà, tuttavia, con il tempo contingentato delle misure protettive, apparendo allora come soluzione non semplice a meno che la composizione negoziata non abbia avuto una durata breve (e di conseguenza la protezione se richiesta) e non possa recuperare l'intesa già raggiunta con una parte dei creditori.

3.3. Conclusioni sulle soluzioni indicate nel comma 2 dell'art. 23 CCI

Questi sbocchi, alternativamente scelti nel caso in cui le trattative non abbiano dato luogo ad una delle soluzioni "ottimali" di cui al primo comma dell'art. 23, non corrispondono ad un vero e proprio insuccesso della composizione negoziata. Lo stesso legislatore mostra, infatti, di considerare in senso positivo entrambe le ipotesi disciplinate dal primo e dal secondo comma dell'articolo 23 e, dunque, (soprattutto) anche l'accordo di ristrutturazione proposto all'esito delle trattative, perché in entrambi i casi l'imprenditore è ammesso a beneficiare delle misure premiali di carattere fiscale anche se con latitudine diversa.

Elemento distintivo degli sbocchi di cui al comma 2 dell'art. 23 rispetto a quelli del comma 1, è che possono non essere frutto diretto delle trattative⁵⁶ ma sfruttano di queste il flusso informativo e le conoscenze acquisite sulle diverse posizioni assunte dalle parti. Con questo bagaglio cognitivo e comportamentale – costruito anche grazie all'attività dell'esperto⁵⁷ - l'imprenditore "riparte" verso la elaborazione di una proposta.

“La scelta può discendere sia dall'entità della situazione di squilibrio in cui versa l'impresa, sia dalla circostanza per cui le trattative siano andate a buon

⁵⁶ Infatti, se l'accordo per un adr è raggiunto all'interno delle trattative e ciò risulta dalla relazione finale dell'esperto, si può avere la riduzione dal 75% al 60% della percentuale necessaria per il raggiungimento dell'accordo a efficacia estesa.

⁵⁷ Circa la connessione tra le trattative interne alla composizione negoziata e gli accordi di ristrutturazione, v. la disposizione di cui alla lett. b) dell'art. 25-*ter* che prevede un aumento del compenso dell'esperto quando, successivamente alla redazione della relazione finale, si concludono gli accordi di ristrutturazione.

fine solo con alcuni creditori. Anche in questo caso, tuttavia, la composizione negoziata sarà stata utile a predisporre il terreno per la conclusione di un piano di risanamento assistito dalle garanzie previste dalla legge fallimentare o per accedere rapidamente alla procedura concorsuale, essendo già state vagliate le proposte del debitore e le risposte delle parti sotto il controllo di un esperto equidistante da tutti i soggetti coinvolti”⁵⁸.

Gli strumenti elencati dal secondo comma sono, infatti, il risultato di un’iniziativa assunta dall’imprenditore autonomamente, anche se verosimilmente troveranno proprio nelle trattative la loro radice, tanto ciò è vero che in alcuni casi è la relazione finale dell’esperto che li legittima o che, a certe condizioni, fa scattare l’applicazione di misure premiali o di una normativa di favore (come nel caso degli ADR ad efficacia estesa *ex art. 61 CCI*).

L’esperto, però, non partecipa alla elaborazione di nessuno degli strumenti di cui al secondo comma dell’art. 23 CCI. Con la redazione del parere finale l’esperto ha esaurito il suo compito nella Composizione negoziata⁵⁹.

Tanto ciò è vero che a norma prevede che ciascuno degli strumenti selezionati sia predisposto, domandato, proposto o opzionato dall’imprenditore “all’esito delle trattative” ciò supponendo che quelle abbiano aperto un canale di interlocuzione - se pur non immediatamente proficuo non avendo generato uno sbocco in uno fra quelli del primo comma - che viene sfruttato in termini: di informazioni circolate e acquisite dalle parti, di preclusioni e di disponibilità dei creditori⁶⁰.

In una differenziazione tra gli strumenti che conseguono come esito positivo delle trattative e quelli che possono essere utilizzati in caso di esito senza accordo tra le parti deve a mio avviso segnalarsi che mentre i primi devono

⁵⁸ ASSONIME, *Guida al Codice della crisi*, cit., 33.

⁵⁹ Il parere che viene chiesto all’esperto sulla proposta di concordato semplificato conferma il legame di quello strumento con le trattative e non già vuole dimostrare la sussistenza di quel percorso.

⁶⁰ Così anche L. PANZANI, *Gli esiti possibili delle trattative e gli effetti in caso di insuccesso*, cit., 1598. G. BOZZA, *Il concordato semplificato introdotto dal D.L. n. 118 del 2021*, in *Dirittodellacrisi.it*, 5 ottobre 2021, con riferimento alla chance degli accordi di ristrutturazione (indicata nel comma 2, lett. *b*) dell’art. 23) osserva che ciò “presuppone che l’esperto abbia riscontrato l’esistenza della disponibilità di adesioni nella misura indicata, necessaria per rendere vincolante- in presenza degli altri requisiti di legge- anche per gli altri creditori non aderenti l’accordo di ristrutturazione.

essere idonei a risanare l'impresa, i secondi devono essere idonei (soltanto) a superare la crisi o l'insolvenza⁶¹.

In ogni modo, pare possibile affermare che ciascuno di questi strumenti compositivi, se immaginato come sbocco di una composizione negoziata, venga arricchito da potenzialità che non avrebbe in un utilizzo "in solitario".

4. Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio: quando si può domandare

Se l'imprenditore non riesce a concretizzare la prospettiva della ristrutturazione accedendo alle ipotesi stragiudiziali, semigiudiziali o giudiziali per la continuità elencate dall'art. 23, comma 1 e comma 2 lett. *a*) e *b*), potrà rivolgersi al concordato semplificato (art. 25-*sexies*), strumento liquidativo - meno "traumatico" della liquidazione giudiziale e più snello del concordato preventivo liquidatorio - che, consentendo la cessione dell'azienda in attività, è compatibile con la continuità aziendale indiretta. Ciò può avvenire quando non vi sono i presupposti per una continuità diretta ma sussiste l'interesse del mercato per quel bene o quel servizio.

In tal modo il complesso aziendale, separato dall'imprenditore e reimmesso in altro circuito produttivo, può continuare a "vivere" riprendendo a generare valore. È da escludere la possibilità di presentare un piano concordatario "semplificato" sia in continuità diretta⁶², sia misto.

Il concordato semplificato costituisce l'"ultima spiaggia" (soltanto) per chi sia transitato dalla composizione negoziata e scelga la liquidazione del patrimonio attraverso una procedura "sintetica" e rapida evitando così la liquidazione giudiziale⁶³.

⁶¹ In tal senso anche L. PANZANI, *Gli esiti possibili delle trattative e gli effetti in caso di insuccesso*, cit., 1597.

⁶² G. FICHERA, *Sul nuovo concordato semplificato: ovvero tutto il potere ai giudici*, in *dirittodellacrisi.it*, 11 novembre 2021, 3; G. D'ATTORRE, *Il concordato semplificato ecc.*, cit., 1609.

⁶³ Già numerosi gli scritti su questo strumento, senza pretesa di completezza v.: R. GUIDOTTI, *La crisi d'impresa nell'era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato*, in *ilcaso.it*, 8 settembre 2021; A. I. BARATTA, *Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio. Brevi considerazioni introduttive*, in *ifallimentarista.it*, 13 agosto 2021; L. A. BOTTAI, *La rivoluzione del concordato liquidatorio semplificato*, in *Dirittodellacrisi.it*, 9 agosto 2021, G. BOZZA, *Il concordato semplificato introdotto dal D. L. n. 118 del 2021*, in *dirittodellacrisi.it*, 5 ottobre 2021; Id., *Il concordato semplificato introdotto dal d.l. n. 118 del 2021, convertito, con modifiche dalla l. n. 147 del 2021*, ivi, 9 novembre 2021; Id., *Concordato semplificato, quadri di ristrutturazione e misure protettive*:

La Relazione tecnica di accompagnamento al d.l. 118, valorizzando la composizione negoziata anche per gli sbocchi che offre, presenta il concordato semplificato come la procedura utilizzabile dal solo imprenditore che, avendo i requisiti, abbia sperimentato quel percorso con l'obiettivo di approdare ad una soluzione conservativa stragiudiziale alla quale, però, abbia dovuto rinunciare perché dalle trattative non è nata una condivisione costruttiva.

Il *favor* legislativo per questa formula è tale che si prevede che la proposta possa contemplare la cessione a un soggetto già individuato dell'azienda o di uno o più rami (o di specifici beni) anche prima dell'omologazione e senza dover applicare le regole competitive⁶⁴.

Per molti aspetti, quindi, il concordato semplificato costituisce per l'imprenditore un incentivo - poco dispendioso, forse programmabile e, in certi casi, molto appetibile⁶⁵ - a entrare nella composizione negoziata nella consapevolezza che qualora non sia percorribile una soluzione negoziale per il risanamento dell'impresa, sarà comunque possibile – anziché giungere

alcune considerazioni, ivi, 15 aprile 2022; S. AMBROSINI, *La "miniriforma" del 2021: rinvio (parziale) del CCI, composizione negoziata e concordato semplificato*, in *Dir. fall.*, 2021, I, 922; S. MORRI, *Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio*, in *ilfallimentarista.it*, 24 agosto 2021; A. PEZZANO e M. RATTI, *Il concordato preventivo semplificato: un'innovazione solo per i debitori meritevoli, funzionale al migliore soddisfacimento dei creditori (ed a qualche salvataggio d'impresa)*, in *dirittodellacrisi.it*, 19 ottobre 2021; G. FICHERA, *Sul nuovo concordato semplificato ecc., cit.*; A. ROSSI, *L'apertura del concordato semplificato*, in *dirittodellacrisi.it*, 18 marzo 2022; S. LEUZZI, *L'analisi differenziale tra concordati: concordato semplificato vs ordinario*, in *dirittodellacrisi.it*, 9 novembre 2021; G. D'ATTORRE, *La liquidazione del patrimonio*, in *dirittodellacrisi.it*, 29 dicembre 2021.

⁶⁴ Sul punto la condivisibile affermazione di A. MANCINI, *La prospettiva del creditore nella composizione negoziata: linee operative per il suo advisor legale*, in *Dirittodellacrisi.it*, 14 dicembre 2022, secondo cui "È curioso notare che la prosecuzione indiretta dell'attività, nel contesto della legge fallimentare ed ora dell'art. 84 CCII, è ricondotta nell'alveo del concordato in continuità aziendale (già art. 186 bis L. fall.), mentre nel Concordato Semplificato integra una soluzione qualificata dal legislatore come prettamente liquidatoria".

⁶⁵ Diversi sono gli incentivi previsti per spingere l'imprenditore verso la composizione negoziata. Si ricorda: la sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione e delle cause di scioglimento previste in caso di riduzione o perdita del capitale sociale; la riduzione della percentuale richiesta per gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa; l'assenza della richiesta di attestazione in caso di accordo sottoscritto anche dall'esperto; la previsione di misure premiali di natura fiscale in caso di soluzioni negoziali scaturite dalle trattative; la conservazione degli effetti degli atti autorizzati dal tribunale anche in caso di accesso ad una delle procedure regolate dalla legge fallimentare; l'esenzione da revocatoria degli atti compiuti in coerenza con le trattative e con le prospettive di risanamento; l'esenzione dell'imprenditore dai reati di cui agli articoli 216, terzo comma, e 217 della legge fallimentare per i pagamenti e le operazioni compiuti durante le trattative purché in coerenza con le stesse e nella prospettiva di risanamento.

inevitabilmente alla liquidazione giudiziale – proporre una procedura, per una rapida uscita dal e un altrettanto rapido ritorno al mercato, che viene “alleggerita” dai passaggi, controlli e costi procedurali “monetizzando” da una parte l’attività dell’esperto e dall’altra gli scambi informativi e dialogici che hanno avuto luogo durante le trattative. In queste è stata, infatti, discussa e rifiutata una proposta di risanamento aprendo così le porte alla liquidazione.

La legge, allora, assimilando tale diniego a un consapevole lasciapassare per una proposta concordataria liquidativa, sopprime una successiva ulteriore discussione e, quindi, la votazione, in tal modo “alleggerendo” il procedimento.

Sotto questo profilo il concordato semplificato costituisce una spinta per i creditori a partecipare alle trattative con atteggiamento collaborativo cercando insieme all’imprenditore una soluzione negoziale prima di costringere all’approdo in una procedura nella quale, privati del diritto di voto⁶⁶, potrebbero esprimersi esclusivamente attraverso l’opposizione all’omologazione⁶⁷.

Se questa costituisce la semplificazione più rilevante, non è, però, l’unica. Altre semplificazioni sono state operate che vanno a incidere – a una prima

⁶⁶ A. CRIVELLI, *Le procedure liquidatorie negli strumenti di regolazione della crisi e dell’insolvenza*, cit.

⁶⁷ M. VITIELLO, *Il concordato semplificato: tra liquidazione del patrimonio e continuità indiretta*, in *Ilfallimentarista.it*, 26 aprile 2022; F. ALIPRANDI, A. TURCHI, *Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio alla luce delle prime pronunce di merito*, *ivi*, 29 novembre 2022, i quali – citando M. VITIELLO - parlano del concordato semplificato come “deterrente che deve indurre le parti interessate creditori *in primis* a compiere ogni sforzo per addivenire ad una soluzione ragionevole. Infatti, il concordato semplificato ciò dovrebbe avere auspicabilmente anche l’effetto indiretto di incentivare i creditori ad accettare la proposta del debitore qualora quest’ultima fosse imperniata su un piano che preveda la cessione dell’azienda per un determinato prezzo ad un soggetto già individuato, stante la consapevolezza da parte dei creditori che il debitore possa ricorrere a tale nuovo istituto per ottenere il medesimo effetto traslativo e, presumibilmente, un soddisfacimento a loro riservato ulteriormente ridotto, a causa delle spese legate all’apertura e svolgimento della procedura concorsuale”. Così, (A. MANCINI, *La prospettiva del creditore nella composizione negoziata: linee operative per il suo advisor legale*, in *Dirittodellacrisi.it*, 14 dicembre 2022) “la possibilità per il debitore di accedere al concordato semplificato liquidatorio rappresenta uno dei motivi per cui il creditore ed i suoi Advisor devono monitorare in modo costante l’andamento delle trattative: sono concreti, infatti, i rischi di abuso del percorso negoziale da parte dell’imprenditore, considerato che vi si accede solo tramite la CNC e stante l’evidente convenienza rispetto al concordato preventivo liquidatorio disciplinato dall’art. 84, quarto comma, CCIF”. Da ultimo sull’aspetto incentivante/deterrente anche G. ROCCA, *Il concordato di liquidazione semplificato*, in G. ROCCA (a cura di), *La composizione negoziata quale soluzione alla crisi d’impresa*, Quaderno n. 90, Scuola Alta Formazione ODCEC di Milano, Milano, 2022, 238 ss.

lettura – sui diritti dei creditori cambiando vistosamente i tratti “somatici” dell’istituto concordatario⁶⁸.

5. La semplificazione e la dipendenza dalla relazione finale dell’esperto

Disciplinato nel Capo II del Titolo II del codice all’art. 25-*sexies*, questo concordato deve, infatti, il suo nome (“semplificato”) a precise scelte semplificatrici: non è prevista alcuna percentuale minima di soddisfazione per i creditori, né l’apporto di risorse esterne che aumentino in misura apprezzabile la soddisfazione dei creditori, né l’attestazione del piano, né il deposito del fondo spese di procedura, né la votazione dei creditori, né un giudizio di ammissione, né la nomina del commissario giudiziale e del giudice delegato. Tali semplificazioni che si riverberano sulla riduzione sia di tempo che di spesa concorrono a incentivare il ricorso a questo strumento preferendolo al concordato preventivo.

La semplificazione trova la sua ragione d’essere nel fatto che lo strumento è utilizzabile esclusivamente come sbocco della composizione negoziata, quando le trattative si siano svolte, un flusso di informazioni sia intercorso tra le parti, le soluzioni negoziali stragiudiziali siano state esplorate ma non abbiano portato ad altre soluzioni.

Il concordato semplificato è, quindi, riservato a quegli imprenditori che non solo abbiano chiesto la nomina dell’esperto ma abbiano anche instaurato e condotto le trattative della composizione negoziata, presentando l’impresa il requisito della risanabilità.

Per l’accesso a questo concordato la relazione finale dell’esperto, imperniata sullo svolgimento delle trattative e sul modo con cui le parti si sono relazionate tra loro, costituisce il punto di snodo. Come precisa l’articolo 25-*sexies*, occorre, infatti, che nella relazione finale l’esperto abbia dichiarato che le trattative si sono svolte secondo correttezza e buona fede ma che, non avendo avuto esito positivo, le alternative negoziali conservative previste dall’articolo 23, comma 1 e comma 2, lett. *a)*, *b)* e *d)* non sono praticabili.

Merita, così, sottolineare che è interdetto l’accesso a detto concordato non solo nel caso in cui, concluse le trattative, l’esperto esprima un “giudizio negativo” sul comportamento delle parti o rilevi che le proposte negoziali non

⁶⁸ S. AMBROSINI, *Il concordato semplificato: primi appunti*, in *Ristrutturazioniazionali.ilcaso.it*, 23 settembre 2021, alla luce dei caratteri distintivi del concordato semplificato parla di “rivincita della liquidazione concordataria”.

sono state completamente e chiaramente presentate e illustrate dall'imprenditore, ma anche qualora – prima dell'esito finale - abbia ritenuto, ai sensi dell'art. 17 comma 5, non sussistenti le concrete prospettive di risanamento e, conseguentemente, dato corso all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata.

In conclusione, deve essere chiaro che il concordato semplificato non può essere l'obbiettivo che smuove l'imprenditore ad accedere alla composizione negoziata, bensì la soluzione estrema “di ripiego” quando, deluse le aspettative di risanamento per l'opposizione dei creditori partecipanti, - fallito il tentativo (“tracciabile”) di pervenire ad alcuna delle soluzioni indicate precedentemente dall'art. 23⁶⁹ - l'imprenditore sia costretto ad accettare questa soluzione di ultima istanza

Se il completamento del percorso e il deposito della relazione finale dell'esperto con il contenuto indicato sono i requisiti che immediatamente si impongono all'attenzione, altri ancora tuttavia devono essere considerati prima di depositare la domanda di concordato semplificato.

6. I presupposti soggettivo ed oggettivo

Qualsiasi imprenditore⁷⁰ transitato dalle trattative⁷¹ con esito negativo, presa consapevolezza del fatto che l'unica ipotesi percorribile è quella liquidatoria,

⁶⁹ Sul punto efficacemente S. AMBROSINI, *La composizione negoziata compie un anno: breve itinerario fra le prime applicazioni, Ristrutturazioni aziendali del Caso.it*, 12 dicembre 2022, 19, richiamando Trib. Firenze, 31 agosto 2022, in *Il Caso.it*, sez. 27880.

⁷⁰ Al concordato semplificato possono farvi ricorso tutti coloro che possono chiedere la nomina dell'esperto per la composizione negoziata essendo iscritti nel RI. Che l'iscrizione nel registro imprese costituisca un requisito, lo si desume dall'art. 13, comma 1, CCI, che riserva l'accesso alla piattaforma telematica nazionale all'imprenditore iscritto. Non sono previsti limiti dimensionali, né verso l'alto né verso il basso. Per le imprese sottosoglia la possibilità di accedere al concordato semplificato è espressamente sancita dall'art. 25-*quater*, comma 4 che prevede per l'imprenditore commerciale e agricolo che presenta congiuntamente i requisiti di cui all'art. 2, comma 1, lett. *d*), “se all'esito delle trattative non è possibile raggiungere l'accordo” la possibilità di presentare la domanda di concordato minore o di liquidazione controllata o di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio. Soltanto l'impresa agricola potrà ricorrere, in subordine, anche a un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi degli artt. 57, 60 e 61.

⁷¹ La proposta di concordato liquidatorio semplificato potrebbe costituire una decisione maturata dopo che le trattative si sono chiuse e che l'esperto ne ha dato rappresentazione in quel documento. Questa sequenza è stata immaginata dal legislatore quando ha preteso che, una volta ricevuta la domanda di concordato, il tribunale da un lato, richieda all'Esperto un ulteriore parere “con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie

può chiedere al tribunale - nei sessanta giorni seguenti alla comunicazione della relazione conclusiva dell'esperto (dal contenuto sopra indicato) – l'omologazione di un concordato semplificato presentando una proposta di concordato per cessione dei beni.

Si tratterà di un imprenditore che versa in stato di crisi o d'insolvenza e quindi in quello stesso stato richiesto per l'accesso al concordato preventivo (art.84, comma 1).

E' vero, infatti, che il concordato semplificato costituisce uno degli sbocchi della procedura della composizione negoziata e che con questo strumento si intende agevolare il risanamento di quelle imprese che, pur trovandosi in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario tali da rendere probabile la crisi o l'insolvenza, hanno le potenzialità necessarie per restare sul mercato, anche mediante la cessione dell'azienda o di un ramo di essa, ma la modifica apportata dalla legge di conversione del d.l. 118 al comma 1 dell'art. 9 (attuale art. 21 CCI), ammettendo la prosecuzione delle trattative anche nel caso di insolvenza del debitore purché esistano concrete prospettive di risanamento, lascia chiaramente intendere che lo stato di insolvenza – sussistendo ancora la fiducia dei creditori - non preclude la continuazione della composizione negoziata.

Ad ogni modo, qualunque sia il significato da attribuire all'espressione "condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza" – presupposto oggettivo per chiedere la nomina di un esperto (art. 12, comma 1, CCI) - è pacifico che al concordato semplificato il debitore può accedere "quando l'esperto nella relazione finale dichiara che le trattative non hanno avuto esito positivo e che le soluzioni di cui all'articolo 23, commi 1 e 2, lett. b), non sono praticabili"; il che sta a significare che la situazione in cui versa il debitore (o già versava inizialmente) non è quella di una crisi o insolvenza probabile, ma di una crisi o vera e propria insolvenza in atto⁷².

offerte", dall'altro lato, nomina un Ausiliario ex art. 68 c.p.c. a cui assegna un termine per il deposito "del parere di cui al comma 4".

⁷² Sulla centralità della relazione dell'esperto che legittima la presenza di una proposta di concordato semplificato: Trib. Firenze, 31 agosto 2022 dove si precisa che "In tema di concordato semplificato, il requisito dello svolgimento in buona fede delle trattative postula, innanzitutto, che vi sia stata una effettiva e completa interlocuzione con i creditori interessati dal piano di risanamento, i quali devono aver ricevuto complete e aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'imprenditore e sulle misure per il risanamento proposte, e aver potuto esprimersi su di esse; inoltre, comporta che le trattative si siano sviluppate con la sottoposizione ai creditori di una (o più) proposte con le forme previste

7. La disciplina dell'istituto

Passando ad esaminare la disciplina dell'istituto, va detto che essa è estremamente sintetica. L'esordio (comma 1) fissa i capisaldi già rammentati stabilendo che quando l'esperto nella relazione finale dichiara che le trattative non hanno avuto esito positivo, perché non è stato raggiunto alcun accordo con le parti interessate, e quindi le soluzioni di cui all'articolo 11, comma 1, non sono praticabili, l'imprenditore può presentare, nei sessanta giorni successivi alla comunicazione di detta relazione finale⁷³ (art. 17, comma 8), una proposta di concordato per cessione dei beni - che può essere eseguita anche con il trasferimento a terzi dell'azienda o di suoi rami - (unitamente al piano di liquidazione e ai documenti indicati nell'art. 39).

Sempre nell'ottica della velocizzazione si pone la norma sul classamento. Il contenuto della proposta, che può prevedere la suddivisione dei creditori in classi, è improntato alla massima flessibilità. Gli unici criteri da seguire sono quelli che individuano l'oggetto del giudizio di omologazione e, quindi, l'imprenditore deve rispettare l'ordine delle cause di prelazione, proponendo un piano che possa superare il vaglio di fattibilità in forza del quale i creditori non vengano a percepire meno di quanto potrebbero ottenere in caso di liquidazione giudiziale indicando le utilità, non necessariamente in denaro, per ciascun creditore. L'obiettivo è di giungere con rapidità alla liquidazione e al riparto che non deve arrecare pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale (art. 25-*sexies*, comma 5).

Non è richiesta la relazione attestativa di un professionista indipendente.

L'imprenditore chiede l'omologazione del concordato con ricorso depositato al tribunale del luogo in cui l'impresa ha il proprio centro degli interessi principali, comunicato al pubblico ministero e pubblicato, a cura del cancelliere, nel registro delle imprese entro il giorno successivo al deposito in cancelleria. Il ricorso è trasmesso al pubblico ministero e pubblicato, a cura della cancelleria, nel registro delle imprese entro il giorno successivo al deposito della domanda.

dall'art. 23, comma 1, CCII; infine, implica che sia stata fornita ai creditori una comparazione del soddisfacimento loro assicurato dalle predette soluzioni con quello che potrebbero ottenere dalla liquidazione giudiziale". Sulla decisione v. S. AMBROSINI, *La composizione negoziata compie un anno: breve itinerario fra le prime applicazioni*, 12 dicembre 2022.

⁷³ Il termine è perentorio e non soggetto a proroga. Si tratta, inoltre, di un termine processuale (art. 1, L.742/1969) che può fruire della sospensione feriale (G. BARVAS, G. BISOGNI e A. GAIANI, *Il concordato semplificato*, in S. BONFATTI-R. GUIDOTTI, *Il ruolo dell'esperto nella composizione negoziata ecc.*, cit., 397).

La norma specifica che dalla data della pubblicazione del ricorso si producono gli effetti di cui agli articoli 6, 46, 94 e 96, CCI.

Il tribunale, valutata la ritualità della proposta, acquisiti la relazione finale e il parere dell'esperto con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie offerte, nomina con decreto un ausiliario (art. 68 c.p.c.) che deve comunicare al tribunale l'accettazione dell'incarico entro tre giorni dalla ricezione del provvedimento di nomina e che viene incaricato di depositare un parere entro un termine prestabilito. Non è prevista – per velocizzare e snellire (anche in termini economici) la procedura sfruttando, di nuovo, la pregressa attività dell'esperto culminata nella relazione finale alla quale si aggiunge il parere richiestogli dal tribunale ai sensi dell'art. 25-*sexies*, comma 2 e il bagaglio informativo accumulato durante le trattative - la nomina del commissario giudiziale.

La nomina dell'ausiliario (come per quella degli altri professionisti che sono chiamati dal giudice ad operare nell'ambito della gestione delle procedure concorsuali) è presidiata, per quanto riguarda le cause di incompatibilità, dalle norme del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione (d. lgs. n. 159/2011).

Con il medesimo decreto il tribunale ordina che la proposta insieme al parere dell'ausiliario e alla relazione finale dell'esperto, venga comunicata, a cura del debitore, ai creditori risultanti dall'elenco depositato ai sensi dell'art. 39, comma 1, ove possibile a mezzo posta elettronica certificata, o, in mancanza con raccomandata con avviso di ricevimento, specificando dove possono essere reperiti i dati per la sua valutazione virgola e, infine, fissa la data dell'udienza per l'omologazione.

Contemperando la celerità di svolgimento della procedura con l'effettiva informazione dei creditori funzionale all'eventuale esercizio del diritto di opposizione, il comma 4 dell'art. 25-*sexies*, prevede che tra il giorno della comunicazione del provvedimento e quello dell'udienza di omologazione debbano decorrere non meno di quarantacinque giorni e che i creditori e qualsiasi interessato possano proporre opposizione all'omologazione costituendosi nel termine perentorio di dieci giorni prima dell'udienza fissata.

Il tribunale, assunti i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, omologa il concordato quando, verificata la regolarità del contraddittorio e del procedimento, nonché il rispetto dell'ordine delle cause di prelazione e la fattibilità del piano di liquidazione, rileva che la proposta non arreca pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale comunque

assicurando un'utilità a ciascun creditore. Il tribunale provvede con decreto motivato immediatamente esecutivo che, una volta pubblicato (art. 45), è comunicato dalla cancelleria alle parti che nei successivi trenta giorni possono proporre reclamo alla corte d'appello. Il decreto della Corte d'appello è ricorribile per Cassazione entro trenta giorni dalla comunicazione.

Al concordato semplificato si applicano (con richiamo contenuto nel comma 8 dell'art. 25-*sexies*) alcune disposizioni del concordato preventivo (artt. 106, 117, 118, 119, 324 e 341) sostituita la figura del commissario giudiziale con quella dell'ausiliario. Ai fini di cui all'articolo 106 ("Atti di frode e apertura della liquidazione giudiziale nel corso della procedura"), il decreto con cui il tribunale, verificata la ritualità del procedimento, nomina l'ausiliario, equivale all'ammissione al concordato.

L'art. 25-*septies* disciplina concisamente la fase dell'esecuzione del concordato. Il primo comma della norma citata prevede che il tribunale con il decreto di omologa nomina un liquidatore giudiziale al quale si applicano per la nomina, l'accettazione, il compenso, la revoca, la responsabilità e il rendiconto, le stesse norme, in quanto compatibili, previste per il curatore della liquidazione giudiziale (richiamando l'art. 114 che a sua volta rinvia agli artt. 126, 134, 136, 137 e 231 nonché le disposizioni del d.lgs. 159/2011 Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione). Dal tenore letterale della norma e dalla natura prettamente liquidatoria del concordato semplificato, desumiamo che la nomina del liquidatore – precisamente di un solo liquidatore - è sempre obbligatoria in caso di omologazione.

Sempre nell'ottica di snellire e velocizzare il procedimento, - tanto più che i creditori hanno ricevuto durante la composizione negoziata il plesso informativo necessario per valutare e decidere - non è prevista la nomina del comitato dei creditori.

Si applicano, inoltre e in quanto compatibili, le disposizioni previste in tema di esecuzione del concordato preventivo con concessione dei beni ai creditori.

Il liquidatore è investito dello svolgimento delle attività funzionali alla liquidazione del patrimonio e alla ripartizione del ricavato secondo tempi e modi fissati dalla proposta omologata.

Tra i poteri del liquidatore rientra anche quello di agire in giudizio per il recupero dei crediti inclusi nel piano e quindi anche dell'esercizio dell'azione sociale di responsabilità verso amministratori e sindaci.

Il secondo comma 25-*septies* prevede che se il piano di liquidazione comprende un'offerta da parte di un soggetto individuato per il trasferimento in

suo favore dell'azienda o di uno o più rami o di specifici beni, anche prima dell'omologazione, il liquidatore giudiziale è tenuto, prima di dare esecuzione all'offerta, a verificare se sul mercato siano praticabili soluzioni migliori.

Alla vendita si applicano le disposizioni di cui agli articoli da 2919 a 2929 c.c. che regolano gli effetti delle vendite forzate o delle assegnazioni.

Infine, il terzo comma dell'art. 25-*septies* precisa che se il piano di liquidazione contemplasse che il trasferimento debba essere eseguito prima dell'omologazione, all'offerta debba dare esecuzione - previa autorizzazione da parte del tribunale - l'ausiliario, verificata in ogni caso l'assenza di soluzioni migliori sul mercato e con le modalità indicate al comma precedente.

8. La natura del concordato semplificato e gli elementi distintivi

Nel concordato semplificato riscontriamo gli elementi distintivi della procedura concorsuale⁷⁴. La disciplina, infatti, contempla: l'intervento (in determinati casi) dell'Autorità giudiziaria; l'apertura del concorso dei creditori - se non altro imposto dal richiamo degli artt. 6, 94, e 117 - con l'applicazione della regola della *par condicio creditorum* (evocata a contrario anche dal riferimento alle classi dei creditori) e dell'ordine delle cause di prelazione; le esenzioni da revocatoria per gli atti posti in essere in esecuzione del piano concordatario. Affermata la natura di procedura concorsuale ne discende che, in presenza di lacune normative, sarà possibile, mettendosi sulle orme della concorsualità, ricorrere all'*analogia juris*.

Siamo in presenza, però, di una procedura autonoma e dai tratti particolari rispetto al concordato preventivo, alternativa rispetto alle altre procedure concorsuali disciplinate nel codice della crisi⁷⁵ e richiamate nell'art. 23.

Intanto deve sottolinearsi la differenza dal concordato preventivo al quale non può essere in alcun modo ricondotto vuoi per la separata collocazione in seno al codice della crisi, vuoi per la diversa denominazione, vuoi perché nel concordato semplificato è assente l'incontro delle volontà, tipico invece della

⁷⁴ Sul punto v. le incisive notazioni di A. ROSSI, *L'apertura del concordato semplificato*, in *Dirittodellacrisi.it*, 18 marzo 2022. Secondo Trib. Milano, 16 settembre 2022, per conseguenza "Sono direttamente applicabili al concordato semplificato le previsioni in materia di misure cautelari e protettive contenute negli artt. 54 e 55 CCII, trattandosi di disciplina dedicata in linea generale al procedimento per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e della insolvenza".

⁷⁵ G. BOZZA, *Il concordato semplificato ecc.*, cit., 6; G. D'ATTORRE, *Il concordato semplificato ecc.*, cit., 1605; A. ROSSI, *L'apertura del concordato semplificato*, cit., 3; A. ILLUMINATI, *Sub art. 25-sexies*, cit., 126.

procedura concordataria, vuoi perché non siamo dinanzi ad una procedura autonoma alla quale possano ricorrere indistintamente gli imprenditori assoggettabili alla liquidazione giudiziale bensì – come già è stato detto – esclusivamente coloro che sono “transitati” dalla composizione negoziata. Ne discende che le uniche norme del concordato preventivo applicabili al concordato semplificato sono quelle espressamente richiamate. Dalla “dipendenza” dalla composizione negoziata discendono e si spiegano quindi le specificità di questo concordato.

Il piano di questo nuovo concordato può avere contenuto soltanto liquidatorio. La proposta si sostanzia nella cessione dei beni – di tutti i beni, di tutto il patrimonio – dalla liquidazione dei quali i creditori trarranno l'utilità che soddisfa i loro interessi secondo un piano, dove sono descritte le sequenze liquidative, e che può prevedere una suddivisione dei creditori in classi per plasmare la *par condicio* agli interessi economici effettivi di ciascuno. Nessuna percentuale minima è prevista, né richiesta di nuove risorse a supporto, né il deposito preventivo della somma necessaria per la procedura. Il senso di questa procedura liquidatoria lo si rinviene nell'essersi esaurito un percorso durante il quale nessuna proposta negoziale è stata accolta dai creditori.

A questo punto l'imprenditore offre tutto il patrimonio ma, per non disperdere il valore della tempestività conquistato con l'accesso alla composizione negoziata, la liquidazione deve essere eseguita secondo poche e semplici regole sulla traccia di ciò fino ad allora si è compiuto. Così possono essere compressi i passaggi procedurali e ridotti i controlli per l'accesso e *in itinere*.

Su questa linea si può prevedere la cessione unitaria dell'azienda o di un ramo della stessa, anche sulla base di un'offerta preconstituita, come previsto dall'art. 25-*septies*, comma 2.

In base a quanto affermato il concordato semplificato è ascrivibile, (intanto ma non solo) per qualificazione legislativa stessa, alla categoria dei concordati liquidatori perché, seppur indirettamente possa favorire la continuità, la prosecuzione dell'impresa è un dato eventuale come del resto risalta dalla legge che non richiama nessuna delle norme tipiche del concordato preventivo in continuità.

Si tratta di una procedura che si distingue per profili del tutto particolari, discostandosi per diversi aspetti, nonostante il *nomen* utilizzato dal legislatore (concordato), dal concordato preventivo: non è prevista la votazione e, quindi, non si potrebbe individuare l'incontro delle volontà.

Qui la proposta di soddisfacimento, pur destinata ai creditori come soggetti finali, è indirizzata direttamente all'autorità giudiziaria che deve approvarla.

I creditori esprimono eventualmente la loro *voice* opponendosi all'omologazione in quanto ad essi è stata lasciata la possibilità di "entrare" nelle trattative e, dunque, di interloquire sulle possibili soluzioni alla crisi.

Siamo dinanzi ad una fattispecie – ben conosciuta in altri settori dell'ordinamento delle crisi (ad es. il concordato della liquidazione coatta amministrativa o della amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza e da ultimo lo strumento per il sovraindebitamento del consumatore) – che viene denominata "concordato coattivo" perché appunto è sottratto all'approvazione dei creditori – risultando a loro imposto - ai quali compete solo un diritto di opposizione avanti il tribunale il quale, decise le opposizioni, vagliando l'offerta in termini di convenienza, nega o approva il concordato⁷⁶.

In realtà ritengo che non si possa cogliere appieno le potenzialità di questo strumento se lo vogliamo interpretare attraverso una comparazione con il concordato preventivo. È chiaro che letto isolatamente dalla composizione negoziata nella quale vi sono stati controlli, trattative, flussi informativi, valutazioni e schieramenti - che spiegano la disciplina (altrimenti eversiva) del concordato semplificato – la conclusione non può che condurre a un inquadramento in termini di coazione. Ove invece questa disciplina venga letta congiuntamente a quella del percorso che l'ha preceduta, comprendiamo che un accordo (un "concordato") vi è stato quando le parti hanno respinto gli "sbocchi idonei" legittimando così "l'entrata" di un "semplificato".

Senza dubbio, la disciplina del concordato semplificato, nonostante i diversi rinvii a norme del concordato preventivo, presenta numerosi caratteri distintivi – direi peculiari - originati sia dall'assenza di alcune norme, sulla quale ci dobbiamo allora interrogare per cercare di coglierne il significato, sia dalla presenza di altre che non si rinvengono in altre procedure concordatarie.

In primo luogo, risaltano l'assenza di alcune disposizioni riguardanti la domanda in senso ampio. I temi sono quelli della competenza, dell'assistenza tecnica, dell'approvazione (se si tratta di imprenditore societario) e sottoscrizione del ricorso.

⁷⁶ Per questo inquadramento, v. soprattutto G. BOZZA, *Il "concordato semplificato" introdotto dal d.l. n. 118 del 2021, convertito, con modifiche, dalla l. n. 147 del 2021, cit.*

L'art. 25-*sexies* fissando la competenza del tribunale non richiama, nella sua stringatezza, l'art. 28 sul trasferimento del centro degli interessi principali disponendo l'irrelevanza del trasferimento intervenuto nell'anno antecedente al deposito della domanda di accesso allo strumento di regolazione della crisi che, in questo caso, è il concordato semplificato. L'assenza del richiamo alla norma di cui all'art. 28, che costituisce regola generale e indisponibile del nostro ordinamento concorsuale, funzionale ad evitare il c.d. *forum shopping*, non deve, però, condizionare l'interprete potendosi ritenere comunque applicabile il principio⁷⁷.

Inoltre, la norma (sempre l'art. 25-*sexies*) non si esprime circa la necessità o meno dell'assistenza di un legale. L'art. 40, comma 2, prevede che il ricorso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza (e alla liquidazione giudiziale) sia sottoscritto dal difensore munito di procura e, ove si tratti di società, si richiede che la domanda sia approvata e sottoscritta a norma dell'articolo 120-*bis*.

Ritengo che già considerando i caratteri del concordato semplificato possiamo comprendere il motivo del mancato richiamo di questa norma. Rientrano, infatti, tra gli strumenti di regolazione della crisi, ai quali l'art. 40 si riferisce, quegli istituti che consentono ai debitori in difficoltà finanziarie di continuare a operare, in tutto o in parte, modificando la composizione, le condizioni o la struttura delle loro attività e delle loro passività o di una qualunque altra parte della loro struttura del capitale, anche mediante la vendita di attività o dell'azienda, ma sempre in ottica di ristrutturazione e non di liquidazione.

Questi caratteri non si rinvergono nel concordato semplificato come, del resto, mostra di ritenere il legislatore quando nell'art. 23 dispone che non essendo stata individuata una delle soluzioni di cui al primo comma, il debitore può in alternativa: "a) predisporre il piano attestato di risanamento di cui all'articolo 56; b) domandare l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi degli articoli 57, 60 e 61; c) proporre la domanda di concordato semplificato; d) accedere ad uno degli strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza disciplinate dal presente codice, dal

⁷⁷ La disposizione non richiama l'art. 28 CCI sull'irrelevanza del trasferimento del centro degli interessi principale nell'anno precedente alla proposizione della domanda ai fini dell'individuazione della competenza. Ciononostante, si ritiene che tale lacuna possa essere colmata attraverso l'applicazione analogica. In tal senso, V. ZANICHELLI, *Gli esiti possibili ecc.*, cit., 16; G. D'ATTORRE, *Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio*, in *Fallimento*, 2021, 1608 ss.; S. LEUZZI, *Analisi differenziale fra concordati ecc.*, cit.

decreto legislativo 8 luglio 1999 n. 270 o dal decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39”.

Possiamo ritenere quindi che, debba essere esclusa la necessità dell’assistenza di un legale per la presentazione del ricorso alla procedura in questione che, se pure di natura giudiziale, introduce, all’esito del percorso stragiudiziale nel quale si sono svolte le trattative e i creditori sono stati sentiti, un procedimento estremamente semplificato rispetto a quello del concordato preventivo⁷⁸.

Nel caso di società il ricorso deve essere sottoscritto dal rappresentante legale ma anche su questo punto, nel silenzio della legge, sorge il dubbio se debba essere seguito l’*iter* che impone per la domanda di un quadro di ristrutturazione che la decisione sull’accesso, sul contenuto della proposta e sulle condizioni del piano venga assunta dagli amministratori (con una informazione dei soci a decisione assunta), risulti dal verbale notarile, e quindi sia depositata per l’iscrizione nel registro delle imprese (art. 120-*bis*). Questa disposizione si porrebbe in controtendenza rispetto alle istanze che guidano la disciplina del concordato semplificato mosso da esigenze di rapidità, snellezza e semplificazione. Del resto, la competenza esclusiva sulla gestione e il potere di rappresentanza di cui gli amministratori sono investiti (art. 2475-*bis* c.c.) è sufficiente a legittimarli all’iniziativa – la decisione sulla domanda di concordato semplificato attiene alla gestione - tanto più che già la società era stata immessa nel percorso della composizione negoziata⁷⁹.

⁷⁸ In tal senso, G. BOZZA, *Il concordato semplificato ecc.*, cit.; in senso contrario S. LEUZZI, *Analisi differenziale fra concordati ecc.*, cit., 9 secondo il quale instaurandosi con la domanda un procedimento giurisdizionale per la regolazione della crisi, nella quale sono in giuoco interessi contrapposti, è indispensabile la difesa tecnica

⁷⁹ Non vi è menzione circa l’organo societario competente a deliberare sulla proposta di concordato semplificato. A fronte di una tesi (G. D’ATTORRE, *Il concordato semplificato ecc.*, cit., 1608) che sostiene la possibilità di applicare per analogia le disposizioni dettate per il concordato preventivo, pare preferibile quella (G. BOZZA, *Il concordato semplificato introdotto dal d.l. 118 del 2021, convertito, con modifiche, dalla l. n. 147 del 2021, in Dirittodellacrisi.it, 9 novembre 2021*; S. LEUZZI, *Analisi differenziale fra concordati: concordato semplificato vs ordinario*, in *Dirittodellacrisi.it, 9 novembre 2021*) secondo cui si deve applicare la disciplina civilistica prevista per ciascun tipo societario con riguardo alla competenza per gli atti di straordinaria importanza per la vita della società e non le norme speciali non richiamate. Ciò importa che debbano essere utilizzate le norme di cui agli artt. 2475-*bis* c.c. che conferisce agli amministratori il potere di rappresentanza e, quando lo strumento utilizzato importi una modifica statutaria l’art. 2479, comma 2, n. 5 che attribuisce alla assemblea dei soci la competenza a deliberarla. Questa interpretazione è anche armonica con le esigenze di speditezza.

9. Conclusioni sul concordato semplificato.

Le differenze più marcate rispetto al concordato preventivo si ricollegano all'inserimento del concordato semplificato tra il caleidoscopio di soluzioni cui può condurre la composizione negoziata. Le particolari condizioni richieste per l'accesso conducono alla e legittimano la differenziazione.

Il concordato semplificato suppone, infatti, la previa, inutile consumazione di una fase di trattative tra imprenditore in crisi e creditori (e anche terzi) all'interno di un particolare *setting* governato da regole, potenzialmente stragiudiziale ma altrettanto potenzialmente protetto e dal monitoraggio costante dell'esperto.

Non è una nuova figura di concordato cui il debitore possa accedere direttamente, ma una procedura utilizzabile, ad esclusiva iniziativa del debitore, solo come approdo della composizione negoziata, quando le trattative non abbiano portato ad una delle soluzioni negoziali stragiudiziali che ne costituirebbero l'esito "ideale"⁸⁰.

Condizione è che il percorso della composizione negoziata sia stato imboccato e seguito - essendo state avviate le trattative per aver ritenuto l'esperto ricorrere concrete prospettive di risanamento e poi concluse - senza che sia stata individuata una soluzione idonea al superamento della situazione di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendevano probabile la crisi o l'insolvenza.

Oltre a questa condizione che legittima l'iniziativa e lo strumento, è la centralità della figura dell'esperto che determina precise scelte semplificatrici di questo concordato e tra queste l'assenza della votazione dei creditori e dell'attestazione del piano. Merita osservare che la mancanza della votazione può spiegarsi per esservi state trattative con i relativi flussi informativi che hanno posto i creditori in grado di assumere decisioni "informate".

Anche l'assenza dell'attestazione del piano trova la sua spiegazione nella previsione della relazione finale dell'esperto, riguardo all'insussistenza di alternative soluzioni negoziali, e degli ulteriori pareri dell'esperto "con specifico riguardo ai presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie

⁸⁰ Sul punto v. in giurisprudenza Trib. Bergamo, 23 settembre 2022, secondo il quale "È inammissibile il ricorso al concordato semplificato, qualora in esito al relativo percorso si palesi praticabile il ricorso all'accordo di ristrutturazione dei debiti (ADR), anche con transazione fiscale, essendo l'istituto *ex art. 25 sexies* CCII utilizzabile solo in via residuale ove risulti impraticabile la soluzione di cui all'art.23, comma 2 lett.b), CCII."

offerte” e dell’ausiliario chiamato, tra l’altro, ad esprimersi sulla proposta di concordato e sulle utilità eventualmente ottenibili da una liquidazione giudiziale.

Non vi è dubbio, infatti, che il parere richiesto all’ausiliario, se pure la norma non richiami il contenuto della relazione particolareggiata richiesta al commissario giudiziale nel concordato preventivo (art. 105), debba comunque essere dettagliato andando ad analizzare tutti gli aspetti che possono essere utili al tribunale per condurre una comparazione tra i risultati raggiungibili con la liquidazione giudiziale rispetto a quelli prospettati nel piano di concordato semplificato.

Il concordato semplificato dipende dalla composizione negoziata e ciò balza evidente anche sotto il profilo della tempistica: l'imprenditore può presentare la proposta nei sessanta giorni successivi alla comunicazione della relazione finale redatta dall’esperto. Il termine dei sessanta giorni è decadenziale non essendo previste proroghe o eccezioni.

Inoltre, sono richieste condizioni di ordine formale: la composizione negoziata deve essere stata teatro di trattative condotte e partecipate (sia dall’imprenditore che dai creditori e terzi) secondo i canoni di buona fede e correttezza, anche se non produttive del risultato inizialmente sperato e ciò deve essere documentato dal *report* puntuale dell’esperto (la sua relazione finale) sull’intero percorso e sulla qualità del dialogo instauratosi tra le parti.

Nel rispetto di queste condizioni l’imprenditore può presentare la domanda di omologazione – non di ammissione - di un concordato semplificato. La situazione patrimoniale e finanziaria dell’impresa e la non percorribilità di altre soluzioni sono state già esaminate dall’esperto indipendente e rappresentate nella relazione finale che chiude la composizione negoziata: questa è la ragione per cui la domanda può essere diretta a chiedere l’omologazione e non l’ammissione.

Il piano può avere contenuto soltanto liquidatorio, il che non esclude, come in ogni concordato liquidatorio, la possibilità di una cessione unitaria dell’azienda o di un ramo della stessa, anche basata su un’offerta preconstituita. La vendita unitaria dell’azienda costituisce una modalità per un maggior ricavo e, quindi, un miglior soddisfacimento dei creditori, rispetto ad una vendita atomistica.

Così inquadrato, il concordato semplificato è la procedura alla quale l’imprenditore approda dopo il naufragio delle trattative della composizione

negoziata per regolare la crisi senza ricorrere alla liquidazione giudiziale ma utilizzando lo schema della cessione dei beni.

Pur essendo ascrivibile ai concordati liquidatori non è prevista alcuna soglia di soddisfazione minima e neppure l'apporto di risorse esterne per incrementare l'attivo e assicurare ai creditori un miglior soddisfacimento. Sotto questo aspetto, sussistendo le condizioni richieste, è sicuramente più appetibile per il debitore sia rispetto al concordato preventivo liquidatorio, sia al concordato minore, sia al concordato della liquidazione giudiziale.

Non per questo pare deteriore per i creditori rispetto al concordato preventivo. I tempi del soddisfacimento saranno infatti ridotti, non vi sarà una "lievitazione" delle prededuzioni, costi di attestazione e degli organi. Nel contempo, ove si approdi ad una cessione unitaria dell'azienda, essi potranno contare sulla permanenza sul mercato di un interlocutore economico.

IL PRESUPPOSTO OGGETTIVO DELLA COMPOSIZIONE NEGOZIATA (E DELL'ALLERTA INTERNA) *

VINCENZO DONATIVI

Sommario: 1. Il presupposto oggettivo della composizione negoziata (e dei doveri di “allerta interna”): squilibrio (pre-crisi) vs. crisi e insolvenza e il giudizio “probabilistico”. – 2. La Relazione di accompagnamento vs. primi argomenti di ordine esegetico e “micro-sistematico”. – 3. La nozione di crisi e la valenza prospettica (e non già congetturale) del giudizio probabilistico di relazione con l’insolvenza. – 4. I tre stadi della crisi d’impresa nella “Direttiva *Insolvency*”. – 5. Argomenti di ordine sistematico: il rapporto tra composizione negoziata, misure protettive e (preclusione) della sentenza di liquidazione giudiziale. – 6. (*Segue*) L’inammissibilità dell’istanza di nomina dell’esperto in pendenza di un procedimento per l’apertura di un qualsiasi strumento di risoluzione della crisi o dell’insolvenza. – 7. Ulteriori argomenti logici di supporto invocati in dottrina e in giurisprudenza. – 8. Le indicazioni ricavabili dall’art. 21 sui doveri dell’imprenditore in stato di crisi o che, nel corso della composizione negoziata, risulti insolvente. – 9. Le indicazioni ricavabili dall’art. 23 sugli esiti delle trattative. – 10. Ulteriori argomentazioni sistematiche e problematiche: l’ingiustificata disparità di trattamento che si avrebbe, ove i presupposti oggettivi fossero omogenei, con gli strumenti di regolazione della crisi o dell’insolvenza quanto alla disciplina su competenza, forma e pubblicità delle decisioni di accesso e sulla trasparenza delle relative domande. – 11. Le indicazioni dell’Osservatorio Unioncamere sull’andamento delle composizioni negoziate e un ulteriore stimolo in favore dell’interpretazione restrittiva del presupposto oggettivo.

Abstract: Questo documento esplora diversi aspetti relativi alla composizione negoziata in situazioni di crisi d'impresa e insolvenza. Si analizza il presupposto

*L’articolo, che riprende e completa, con un corredo minimale di note, il testo della relazione svolta il 15 settembre 2023 al convegno di Monopoli su “Gli strumenti negoziali di soluzione delle crisi d’impresa”, VIII Seminario di studi, a cura di Egnathia, Centro Studi Giuridici ed Economici sulla Crisi d’Impresa, è destinato a un volume collettaneo di prossima edizione per i tipi della Zanichelli.

oggettivo della composizione negoziata, al netto della distinzione tra la fase pre-crisi e quella di crisi. È, inoltre, espresso un giudizio di tipo probabilistico in ordine alla nozione di crisi e all'insolvenza.

Parole Chiave: composizione negoziata della crisi, misure di allerta, presupposto oggettivo, nomina dell'esperto.

Abstract: This document explores various aspects related to negotiated crisis settlements in situations of corporate crisis and insolvency. It analyzes the objective requirement of negotiated settlements, considering the distinction between pre-crisis and crisis phases. Additionally, a probabilistic judgment is expressed regarding the notion of crisis and insolvency.

Keywords: negotiated settlement of crisis, alert measures, objective requirement, expert appointment.

1. Il presupposto oggettivo della composizione negoziata (e dei doveri di “allerta interna”): squilibrio (pre-crisi) vs. crisi e insolvenza e il giudizio “probabilistico”

Il presupposto oggettivo della composizione negoziata è descritto, all'art. 12, comma 1, CCII, come quella situazione nella quale il debitore si trovi «in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza» e nel contempo risulti «ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa».

Il fulcro della disposizione è, dunque, nella relazione di “probabilità” che lega tra loro le condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario in cui il debitore versa, da un lato, con la crisi o l'insolvenza che quello squilibrio renderebbe probabile, dall'altro.

Si tratta, pertanto, di comprendere quale sia il significato da attribuire a tale nesso probabilistico, essendo al riguardo prospettabili due diverse opzioni: (i) quella di interpretarlo in senso, per così dire, “prospettico” (o “causale”/“prospettico”), talché lo squilibrio sarebbe oggi una condizione di “pre-crisi” che, in assenza di misure efficaci e tempestive (tra le quali la stessa composizione negoziata), vi sarebbe una elevata possibilità (*recte*, la “probabilità”) che quella condizione possa evolvere negativamente e quindi trascinare in una condizione di crisi o, peggio ancora, di insolvenza; (ii) quella di ritenere che, accanto a tale valenza prospettica, si collocherebbe anche una relazione di piena identificazione, tale per cui lo squilibrio in cui il debitore versa potrebbe costituire l'indice della presenza attuale di una condizione di crisi o di insolvenza (purché reversibile) già conclamate, talché la “probabilità” afferirebbe solo alla natura congetturale del giudizio con il quale verrebbe effettuata la valutazione della condizione (di crisi o di insolvenza, appunto), in

cui versa il debitore (una valutazione che, quand'anche non ammantata da certezza assoluta, possa reputarsi fondata su un quadro argomentativo tale da renderla "probabile", nel senso di "verosimile" o "plausibile").

Stando alla prima lettura, che corrisponde alla tesi che si intende qui sostenere e che tuttavia parrebbe oggi isolata nel panorama dottrinario e giurisprudenziale ⁽¹⁾, l'accesso alla composizione negoziata sarebbe legittimamente possibile solo in presenza di una condizione di pre-crisi, non anche di crisi o di insolvenza, ancorché reversibile, rispetto alle quali si imporrebbe la scelta di un (più incisivo) "strumento di regolazione della crisi o dell'insolvenza".

Stando alla seconda lettura, che risulta ad oggi pressoché consolidata in dottrina ⁽²⁾ e in giurisprudenza ⁽³⁾, la composizione negoziata sarebbe una delle

⁽¹⁾ Se si eccettua, a quanto consta, il solo Trib. Siracusa, 14 settembre 2022.

⁽²⁾ Cfr. S. AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 23 agosto 2021, p. 6 ss.; A. GIORDANO, *Sub art. 12*, in AA.VV., *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, diretto da F. Di Marzio, Giuffrè, Milano, 2022, p. 51; N. ABRIANI, *Continuità aziendale, avvio della composizione negoziata e giustificato ritardo nella redazione del bilancio*, in *Diritto della crisi*, 18 ottobre 2022, p. 3; A. JORIO, *Qualche ulteriore considerazione sul D.L. 118/2021, e ora sulla legge 21 ottobre 2021, n. 147*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 1° dicembre 2021, p. 4; R. GUIDOTTI, *Presupposti "interni" ed "esterni" della composizione negoziata della crisi d'impresa ed avvio del procedimento*, in *NDS*, 2021, p. 1623; A. ROSSI, *I presupposti della CNC, tra debiti dell'imprenditore e risanamento dell'impresa*, *ivi*, 30 novembre 2021, par. 4. Sul presupposto della "risanabilità dell'impresa" v. poi, tra gli altri, V. MINERVINI, *Composizione negoziata, norme unionali e (nuovo) Codice della crisi*, in *Diritto della crisi*, 30 marzo 2022, spec. par. 3 ss.; A. ROSSI, *I presupposti della CNC, tra debiti dell'imprenditore e risanamento dell'impresa*, *ivi*, 30 novembre 2021, par. 5. È dubbio, invece, se la composizione negoziata sia compatibile con lo stato di liquidazione e/o con la liquidazione totale dell'attività senza continuità diretta: in senso contrario si fa valere il fatto che la continuità indiretta sarebbe prevista solo in caso di concordato semplificato, in caso di fallimento delle trattative (v. riff. in A. DELLA SEGA - S. SPIAZZI, *I contrasti giurisprudenziali sull'accesso alla composizione negoziata per la società in stato di insolvenza o di liquidazione*, in *Il fallimentarista*, 14 febbraio 2023; E. BISSOCOLI, *La presunta incompatibilità tra lo stato di liquidazione (recte il piano di liquidazione) e la composizione negoziata della crisi d'impresa: un equivoco da evitare*, in *Diritto della crisi*, 31 agosto 2022); di contro, l'art. 12, comma 2, ult. parte, CCII, prevede che l'esperto possa individuare, tra le diverse soluzioni, anche quella di un risanamento attuato «mediante il trasferimento dell'azienda o di rami di essa».

⁽³⁾ Giurisprudenza che si forma sulle questioni incidentali che sorgono nell'ambito della composizione negoziata e, in particolare, con riguardo all'ipotesi in cui (come nella grande maggioranza dei casi accade) il debitore faccia istanza di concessione di misure protettive: nel qual caso il tribunale è chiamato a confermare o a negare le misure, in esito a un giudizio che si estende anche alla presenza o meno dei presupposti per il legittimo accesso alla composizione negoziata. In tale contesto cfr., per una lettura estesa anche alla crisi e all'insolvenza attuali, Trib. Bologna, 8 novembre 2022, ma anche altri decreti che, pur rigettando le misure protettive richieste, hanno affermato, sia pure in *obiter*, che lo stato di insolvenza, purché reversibile,

possibili misure con cui affrontare legittimamente la condizione di crisi o di insolvenza (reversibile) già in atto. Si sarebbe, in sostanza, dinanzi a un sistema “a scalare” (o “a gradini progressivi”), tale per cui, a partire da una condizione di pre-crisi, sarebbe possibile accedere alla composizione negoziata; a partire da una condizione di crisi, si aprirebero le porte dei diversi strumenti di regolazione della crisi o dell’insolvenza, che tuttavia si aggiungerebbero alla perdurante possibilità di accedere, in via alternativa, alla composizione negoziata; in presenza di uno stato di insolvenza il ventaglio degli strumenti si allargherebbe fino ad includere anche la liquidazione giudiziale, ferma la perdurante possibilità di accedere a uno strumento di regolazione della crisi o, nuovamente, ove l’insolvenza appaia reversibile, alla stessa composizione negoziata.

Sempre lungo la linea del secondo modo di intendere il significato della condizione “probabilistica”, si pone poi un’ipotesi di lettura ancor più estrema, secondo la quale la pre-crisi non avrebbe alcuna cittadinanza nel sistema e le stesse condizioni descritte nell’art. 12 CCII andrebbero identificate, appieno e senza residui, con la crisi ⁽⁴⁾, mercè un’interpretazione correttiva, ma asseritamente razionalizzante, del dettato.

Come si vedrà in appresso, infine, vi sarebbe anche un’ultima possibile variazione sul tema sempre legata al secondo modo di intendere la condizione probabilistica: quella di ritenere, valorizzando uno spunto testuale desumibile dall’art. 21, comma 1, CCII, che la composizione negoziata sarebbe legittimamente attivabile anche in presenza di uno stato attuale di crisi e che, invece, la condizione di insolvenza (reversibile) sarebbe compatibile non già con il legittimo avvio dello strumento, ma solo con la sua sopravvivenza, ove la stessa sopraggiunga nel corso delle trattative ⁽⁵⁾.

Il tema è assai più intricato di quanto non possa a prima vista apparire. E ciò sia per la numerosità e la complessità anche intrinseca delle singole argomentazioni (spesso assai articolate) spendibili a favore dell’una o dell’altra delle due possibili letture; e sia perché le ricadute sistematiche ed applicative vanno oltre la disciplina della composizione negoziata in quanto tale, assumendo rilievo anche nel contesto del “diritto societario della crisi”, nella misura in cui il presupposto oggettivo della composizione negoziata vale anche,

sarebbe stato non incompatibile, ma escludendo che, nella specie, ricorressero prospettive di ragionevole risanamento dell’impresa: Trib. Arezzo, 16 aprile 2022; Trib. Roma, 10 ottobre 2022.

⁽⁴⁾ E. LA MARCA, *Insolvenza, crisi e pre-crisi nel Codice della crisi, a valle della emanazione del Decreto Attuativo della Direttiva Insolvency*, in *Diritto della crisi*, 22 agosto 2022, spec. § 6.

⁽⁵⁾ Per la quale v. F. LAMANNA, *Il codice della crisi e dell’insolvenza dopo il secondo correttivo*, Giuffrè, Milano, 2022, il quale, a p. 138 ss. e già a p. 34.

ai sensi dell'art. 25-*octies*, comma 1, CCII, quale condizione che innesca il dovere di segnalazione scritta da parte dell'organo di controllo societario nei confronti dell'organo amministrativo, con contestuale fissazione di un congruo termine entro il quale quest'ultimo deve riferire in ordine alle iniziative intraprese ⁽⁶⁾: la corretta individuazione dell'esatta portata di quel presupposto è tanto più cruciale se si considera che la stessa "tempestività" della segnalazione è valutata ai fini della responsabilità prevista dall'art. 2407 c.c. (così lo stesso art. 25-*octies*, al comma 2).

Nonostante la ricchezza e la raffinatezza delle argomentazioni spese in dottrina a supporto della soluzione estensiva, si proverà qui di seguito ad esporre le ragioni per le quali l'ipotesi più restrittiva si lascerebbe invece preferire: e non solo perché corrispondente al significato più immediato del dettato letterale, ma anche e soprattutto per la sua maggiore coerenza con una serie di dati sistematici e quantomeno quale ipotesi ermeneutica con la quale contribuire a un utilizzo più efficace e nel contempo più corretto, equilibrato ed efficiente sul piano del bilanciamento tra benefici realisticamente conseguibili e costi di sistema.

2. La Relazione di accompagnamento vs. primi argomenti di ordine esegetico e "micro-sistematico"

Un argomento molto suggestivo in favore della lettura estensiva si trae dalla Relazione illustrativa al Codice, là dove si legge testualmente che alla composizione negoziata può accedere «L'imprenditore *in difficoltà, in crisi, o in stato di insolvenza reversibile* [...]»: passaggio dal quale emerge in modo inequivocabile che la soluzione estensiva corrisponderebbe alla chiara ed esplicita *mens legislatoris*.

Sarebbe però riduttivo e troppo sbrigativo concludere nel senso che la questione sia così pacificamente risolta, non foss'altro per i limiti ermeneutici delle relazioni illustrative, tanto più a fronte dei numerosi argomenti che, come si vedrà, sarebbero spendibili in direzione contraria sulla scorta di canoni interpretativi ben più solidi ed incisivi.

Prima ancora, del resto, è opportuno chiarire fin da subito come quella *voluntas* non si sia tradotta in una formulazione letterale coerente e corrispondente.

(i) *Profilo strettamente esegetico*. I sostenitori della tesi estensiva, invero,

⁽⁶⁾ La norma stabilisce testualmente, al primo comma, primo e secondo periodo, che «L'organo di controllo societario segnala, per iscritto, all'organo amministrativo la sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza di cui all'articolo 17. La segnalazione è motivata, è trasmessa con mezzi che assicurano la prova dell'avvenuta ricezione e contiene la fissazione di un congruo termine, non superiore a trenta giorni, entro il quale l'organo amministrativo deve riferire in ordine alle iniziative intraprese».

sostengono che la “probabilità” che costituisce il fulcro del dettato normativo e il formante della nozione di squilibrio sarebbe tutto sommato compatibile col tenore letterale della norma, giacché la locuzione “rendere probabile” la crisi o l’insolvenza potrebbe ancora intendersi nel senso di “rendere plausibile” (o “verosimile”) che il debitore versi già attualmente in una siffatta condizione.

Ma sono quegli stessi Autori a dover riconoscere che l’espressione utilizzata, «a tutta prima», indurrebbe invece «a ritenere che l’istituto non sia fruibile quando la crisi o l’insolvenza siano già in atto e che esso miri esclusivamente a scongiurare l’inverarsi»; e che, anzi, essa presenti una «potenziale decettività», giacché, per come formulata, «sembra alludere soltanto a eventi futuri»; e, ancora, che sarebbe stato «in realtà preferibile declinare il precetto così: “che rendono verosimile l’esistenza dello stato di crisi o di insolvenza, o probabile il loro futuro verificarsi”»⁽⁷⁾.

Sul piano semantico, del resto, “probabile” si dice «*Di fatto o avvenimento che, in base a seri motivi (i quali però non costituiscono vere prove e non danno quindi certezza), si è propensi a credere che accada o che sia già accaduto*»⁽⁸⁾. Esso è, dunque, correlato a fatti o avvenimenti sui quali è possibile formulare solo congetture o perché futuri e quindi per definizione incerti o perché passati, ma che risultino comunque incerti perché sfuggiti a una conoscenza diretta e sforniti di prove sicure sul relativo accadimento. Nel caso che qui occupa, per contro, oggetto di giudizio è una situazione attuale (né futura né passata, ma presente) e, segnatamente, la condizione (patrimoniale, economica e finanziaria) in cui versa attualmente il debitore: una situazione, per di più, valutabile attraverso un esame diretto e analitico di tutti gli elementi a tal fine rilevanti, alla luce delle indicazioni e della documentazione che lo stesso debitore è tenuto a fornire con l’istanza di nomina dell’esperto.

L’espressione utilizzata dalla norma, pertanto, mal si presterebbe a un significato che volesse rimarcare la connotazione di incertezza, poiché sarebbe davvero singolare che un presupposto che dovrebbe stabilire le condizioni per fruire di uno strumento ad accesso “riservato” e che innesca doveri la cui ottemperanza/inottemperanza è determinante ai fini di rilevanti e pesanti responsabilità degli organi sociali fosse dalla stessa norma identificato con una formula la cui preoccupazione primaria sia quella di rimarcare l’incertezza.

Non è, dunque, certamente sul piano esegetico che la soluzione estensiva

⁽⁷⁾ S. AMBROSINI, *op. cit.*, p. 7. Nel senso che il dettato letterale dell’art. 12, da solo, del pari legittimerebbe la lettura restrittiva, che tuttavia sarebbe superata dal combinato disposto dello stesso art. 12 con l’art. 21, v. anche E. DESANA, *L’emersione anticipata della crisi: dalle misure di allerta alla composizione negoziata*, in AA.VV., *Crisi e insolvenza nel nuovo Codice*, a cura di S. Ambrosini, Zanichelli, Bologna, 2022, p. 219 s.

⁽⁸⁾ Così nel Dizionario Treccani on-line, *ad vocem*.

potrebbe trovare un sicuro e solido fondamento ⁽⁹⁾.

(ii) *La natura delle nozioni di crisi e di insolvenza.* Né varrebbe obiettare che il giudizio attraverso il quale si formulano valutazioni relative alla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore e si perviene alle conseguenti qualificazioni in termini di crisi o di insolvenza è per sua stessa natura valutativo.

Non vi è alcun dubbio, invero, che i giudizi aventi ad oggetto l'identificazione dei presupposti della crisi o dell'insolvenza non consisterebbero nell'accertamento di "fatti" (oggettivi) di cui possa predicarsi la verità (e dunque la certezza assoluta), ma nella formulazione di "valutazioni" ("congetturali"), per loro stessa essenza basate su argomentazioni a supporto di ipotesi più o meno persuasive.

Ma se ciò è assolutamente indubitabile, allora, se ne ricaverebbe *a fortiori* un'indicazione a favore della soluzione restrittiva piuttosto che di quella contraria, atteso che: da una parte, il legislatore non avrebbe avuto alcun bisogno di rimarcare il carattere valutativo del giudizio volto all'accertamento del presupposto oggetto delle nozioni di squilibrio e di crisi; dall'altra, non si capirebbe perché, in caso contrario, non avrebbe avvertito l'esigenza di rimarcare l'analogo carattere valutativo anche nella definizione dell'insolvenza [art. 2, lett. b)] invece di limitarsi a farlo nella sola definizione di crisi [art. 2, lett. a)], quantunque il carattere congetturale accomuni pacificamente le due nozioni.

(iii) *La natura dei procedimenti di accertamento della crisi e dell'insolvenza.* Analogo ragionamento varrebbe anche avendo riguardo alla natura del procedimento unitario di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza o del procedimento con cui vengono confermate o negate le misure protettive anche nel contesto della composizione negoziata. È la stessa Relazione di accompagnamento al Codice, difatti, a rammentare come si tratti di procedimento «a carattere sommario e camerale», talché, anche volendo qui prescindere dalla possibilità di riproporre ancora la duplice alternativa qualificazione come procedimento speciale a cognizione piena o come procedimento camerale che, vertendo in materia contenziosa, necessariamente

⁽⁹⁾ Né, in tutta evidenza, sarebbe sufficiente, in senso opposto, invocare (come peraltro nessun sostenitore delle soluzioni estensive sembra propenso a fare) il fatto che la locuzione utilizzata per l'identificazione del nostro strumento sia quella di "composizione negoziata della crisi", giacché si tratta di locuzione puramente convenzionale nella quale non potrebbe escludersi che la parola crisi sia impiegata in senso generico ed atecnico. Del resto, anche messa a confronto col passaggio della Relazione illustrativa, la formulazione peccherebbe allora tanto per difetto (non menzionando l'insolvenza), tanto per eccesso (rispetto alla situazione di mera "difficoltà" o, per l'appunto, di pre-crisi).

si è “ammantata” di tutte le garanzie proprie del giudizio ordinario ⁽¹⁰⁾, esso resterebbe e rimane in ogni caso un procedimento che conduce a un giudizio “sommario” e non a “cognizione piena”. Anche sotto quest’angolo visuale, pertanto, non vi sarebbe stato alcun bisogno di adottare, nella identificazione delle diverse nozioni/presupposto, una formulazione in cui l’enfasi (il fulcro e il formante) sarebbe nella notazione di non assolutezza del relativo accertamento; né si capirebbe perché, in caso contrario, non ripetere analoga formula anche con riguardo all’insolvenza. Ed anzi, nuovamente se ne ricava uno spunto interpretativo che induce a credere che il significato del sintagma “rendere probabile” (riferito allo squilibrio in rapporto alla crisi o all’insolvenza o, rispettivamente, alla crisi in rapporto all’insolvenza) debba essere altro.

3. La nozione di crisi e la valenza prospettica (e non già congetturale) del giudizio probabilistico di relazione con l’insolvenza

Un argomento particolarmente incisivo in favore della soluzione restrittiva può cogliersi dal confronto con la definizione di “crisi” dettata all’art. 2, lett. a).

(i) *Struttura lessicale delle due nozioni*. La crisi, difatti, è definita come «lo stato del debitore che rende *probabile* l’insolvenza [...]».

Anche in questo caso torna, al centro del presupposto oggetto della definizione, il sintagma basato sul riferimento a uno “*stato del debitore*” (così come, all’art. 12, si parla di “*condizioni*” del debitore) «*che rende probabile*» una determinata valutazione: nel caso dell’art. 12, le condizioni di squilibrio patrimoniale o economico finanziario rendono probabile la crisi o l’insolvenza; nel caso dell’art. 2, lett. a), lo stato (di crisi) del debitore ne rende probabile l’insolvenza.

Ebbene, la costruzione lessicale e la struttura sintattica delle due norme sono perfettamente identiche; eppure non risulta che si sia imposto anche in questo caso un indirizzo estensivo in ordine al significato da attribuire al sintagma fulcro della nozione di crisi, la quale, anzi, va senz’altro intesa come riferita a un giudizio di tipo prospettico in relazione di sequenza a gravità crescente ⁽¹¹⁾, con il quale presumere che, in assenza di rimedi efficaci e tempestivi (tipicamente, l’accesso a uno degli appositi “strumenti di regolazione”), essa trascinerebbe nella (più deteriore) condizione dello stato di insolvenza.

Orbene, volendo ancora rimanere su di un piano meramente esegetico, sarebbe davvero singolare che due espressioni perfettamente identiche per formulazione e struttura sintattica, per di più utilizzate nella identificazione di

⁽¹⁰⁾ Cfr. CARRATTA, *Il procedimento di apertura delle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2019, par. 10.

⁽¹¹⁾ Mi sembra nello stesso senso, da ultimissimo e per tutti, S. RONCO, *Requisito oggettivo e soggettivo nel Codice della Crisi: qualche osservazione critica su definizioni e assenze*, in *Diritto della crisi*, 28 agosto 2023, p. 3 ss.

situazioni giuridiche tra loro funzionalmente omogenee (entrambe essendo elette a presupposti di accesso a determinati strumenti giuridici e/o di attivazione di doveri di condotta e di criteri di valutazione di correlative responsabilità) fossero state utilizzate dal legislatore con significati così profondamente diversi tra loro.

(ii) *L'utilizzo costante dell'endiadi "crisi o insolvenza"*.

Del resto, a conferma del fatto che il significato del sintagma impiegato all'art. 2, lett. a), non potesse essere quello di alludere tanto alla probabilità di tracimazione futura nell'insolvenza quanto anche alla probabilità dell'esistenza attuale di uno stato di insolvenza, è sufficiente rammentare come il Codice utilizzi ripetutamente espressioni nelle quali la crisi e l'insolvenza vengono menzionate congiuntamente: così, segnatamente, nella descrizione dei presupposti oggettivi di pressoché tutti ⁽¹²⁾ gli strumenti di regolazione della crisi, agli artt. 56 (con riguardo ai piani attestati di risanamento), 57 (per gli accordi di ristrutturazione), 64-*bis* (per i piani di ristrutturazione sottoposti ad omologazione) e 84 (per il concordato preventivo), si parla costantemente di imprenditore «*in stato di crisi o di insolvenza*». Ma se la crisi non si esaurisse in una condizione antecedente all'insolvenza e se la sua relazione con l'insolvenza non fosse solo prospettica, ma si estendesse fino a comprendere anche uno stato attuale di presumibile insolvenza, sarebbe stato allora sufficiente parlare di imprenditore in stato di crisi ed evocare l'insolvenza esclusivamente ai fini della apertura della liquidazione giudiziale o di altre procedure concorsuali (come la liquidazione coatta amministrativa o l'amministrazione straordinaria), il cui presupposto è la sola insolvenza attuale e in quanto tale.

Ancora, nella medesima prospettiva, non si comprenderebbe nemmeno per quale ragione il legislatore avrebbe allora scelto, all'art. 12, di utilizzare il solo riferimento allo squilibrio che renderebbe probabile la crisi o l'insolvenza e, agli artt. 56, 57, 64-*bis* e 84, di impiegare invece l'endiadi crisi o insolvenza. Ove il significato della nozione di crisi fosse quello qui denegato, difatti, ragioni di simmetria redazionale avrebbero imposto di adottare analoga opzione lessicale in entrambi i casi: o menzionando la sola crisi in questi ultimi articoli, o impiegando, all'art. 12, una formulazione con cui fossero evocate le condizioni "di squilibrio, di crisi o di insolvenza".

In altri termini, ad accogliere l'ipotesi di lettura qui non condivisa, le tre nozioni sarebbero connesse non già da un rapporto di sequenza lineare, ma di continenza concentrica. Non corrisponderebbero più, cioè, a tre condizioni tra loro distinte, collocabili lungo una retta lineare crescente in rapporto alla minore o maggiore intensità/gravità della situazione di difficoltà/squilibrio in cui versa

(12) Se si eccettua la sola convenzione di moratoria.

il debitore, bensì a condizioni descrivibili quali tre cerchi concentrici, di diverso diametro, ciascuno collocato all'interno dell'altro. L'insolvenza corrisponderebbe al cerchio più piccolo, collocato all'interno del cerchio intermedio, quello della crisi, a sua volta collocato all'interno del cerchio più ampio, quello della pre-crisi (le condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che renderebbero probabile la crisi o l'insolvenza).

Proprio l'immagine dei cerchi concentrici rende plasticamente l'idea del fatto che, stando così le cose, non avrebbe allora avuto alcun senso, nella disciplina degli strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza alternativi alla liquidazione giudiziale, menzionare separatamente, quali possibili presupposti oggettivi, la crisi e l'insolvenza: se davvero l'insolvenza fosse un cerchio a diametro ridotto collocato all'interno del più ampio cerchio della crisi, sarebbe difatti stato sufficiente individuare il presupposto oggettivo nella crisi (che sarebbe stata già comprensiva dell'insolvenza). E se anche l'opzione lessicale volesse ascrivere a una sorta di pleonaso o superfetazione redazionale, non si comprenderebbe per quale ragione il legislatore non avrebbe fatto la stessa scelta anche nell'art. 12.

4. I tre stadi della crisi d'impresa nella “Direttiva Insolvency”

La declinazione in tre (e non già solo due) possibili stadi della crisi d'impresa trova per di più radice nella “Direttiva *Insolvency*”, come emerge chiaramente dal confronto tra l'art. 3 e l'art. 4.

L'art. 3, nella parte dedicata alla c.d. “allerta precoce” (e dunque con riguardo a una situazione omogenea a quella di cui al comb. disp. degli art. 12 e 25-*octies* CCII), fa riferimento alla necessaria adozione di strumenti in grado di individuare situazioni che «*potrebbero comportare la probabilità di insolvenza*», mentre all'art. 4, relativo all'accesso ai “quadri di ristrutturazione” (gli strumenti di risoluzione della crisi e dell'insolvenza del CCII), la formula utilizzata per descriverne il presupposto oggettivo è che sussista «*una probabilità di insolvenza*».

Nel secondo caso, quindi, si identifica una situazione equivalente alla “crisi” di cui all'art. 2, lett. a), CCII, dove la condizione in cui versa il debitore rende “probabile” (ma non ancora attuale) l'insolvenza; nel primo caso, si evoca una sorta di “probabilità di secondo grado”⁽¹³⁾, talché la condizione in cui versa il debitore rende possibile (*rectius*, probabile) la futura tracimazione nella condizione (di cui all'art. 4) che a sua volta renderebbe probabile l'insolvenza. La probabilità di insolvenza è diretta e prossima nell'art. 4, solo indiretta e più remota nell'art. 3.

⁽¹³⁾ E. LA MARCA, *op. cit.*, p. 13.

È stato obiettato ⁽¹⁴⁾ che la sensazione che se ne ricaverebbe sarebbe quella di essere di fronte ad un corto circuito logico, in quanto – si sostiene – se la situazione “B” rende probabile “C”, la situazione “A” che renda probabile “B” rende probabile anche “C”, essendo “C” il prodotto delle due catene di probabilità; e – ancora – se la situazione oggetto dell’allerta precoce rendesse probabile altra situazione non in grado, a sua volta, di rendere probabile l’insolvenza, allora vorrebbe dire che non si tratterebbe di probabilità di crisi.

E tuttavia, per uscire dal corto circuito, sarebbe possibile semplicemente immaginare che la situazione “A”, se non adeguatamente fronteggiata, renderebbe probabile la situazione “B”, ovvero sia l’evoluzione prospettica (in un futuro *prossimo diretto*) in una situazione che, a sua volta, se non adeguatamente fronteggiata, renderebbe probabile l’*ulteriore* tracimazione nella situazione “C”.

Sempre dalla Direttiva *Insolvency*, poi, si ricava ulteriore conferma, se mai ve ne fosse bisogno, del fatto che, nel linguaggio della direttiva, la locuzione “probabilità di insolvenza” è intesa non come valutazione congetturale riferita all’attualità, ma come pronostico della possibile evoluzione prospettica. All’art. 19, difatti, gli Stati membri sono chiamati a far sì che gli amministratori, qualora sussista una «*probabilità di insolvenza*», agiscano tenendo conto degli interessi dei creditori, dei soci e degli «altri portatori di interessi», adottando misure «*per evitare l’insolvenza*»: le misure da adottare sono volte ad «evitare» (e dunque a “prevenire”) un’insolvenza ancora non attuale, ma che, in assenza di quelle misure, sarebbe di probabile prossima verificaione.

5. Argomenti di ordine sistematico: il rapporto tra composizione negoziata, misure protettive e (preclusione) della sentenza di liquidazione giudiziale

A sostegno della soluzione estensiva vengono poi spesi alcuni argomenti di ordine sistematico che si ritiene di dover desumere dalla necessità di una lettura coordinata di diversi frammenti normativi interni al Codice.

Il primo di tali argomenti è quello che si ricaverebbe dall’art. 18, comma 4, che preclude la dichiarazione di liquidazione giudiziale (o di accertamento dello stato di insolvenza ai fini della liquidazione coatta amministrativa o dell’amministrazione straordinaria) in pendenza di misure protettive richieste in connessione con la composizione negoziata. Se la preclude – si sostiene attraverso una sorta di sillogismo logico – significa che altrimenti sarebbe stata astrattamente possibile; e per essere astrattamente possibile significa che il debitore potrebbe trovarsi in uno stato di insolvenza; *ergo*: lo stato di insolvenza

⁽¹⁴⁾ Dallo stesso E. LA MARCA, *op. cit.*, p. 14.

non sarebbe incompatibile con la composizione negoziata ⁽¹⁵⁾.

A ben vedere, l'argomento prova troppo ed appare insufficiente a corroborare la soluzione estensiva, potendo la previsione normativa essere spiegata anche in modo diverso.

(i) Innanzitutto, come si avrà modo di chiarire meglio nel prosieguo, dall'art. 21, comma 1, potrebbe trarsi uno spunto nel senso che lo stato di insolvenza, pur non giustificando l'apertura della composizione negoziata (*ex ante*), non ne precluderebbe tuttavia la continuazione ove dovesse manifestarsi (o tale risultare, in particolare, agli occhi dell'esperto) successivamente al suo avvio (*ex post*).

(ii) Inoltre, ed anche a prescindere dall'accoglimento di tale ultima ipotesi, non è la pendenza della composizione negoziata in sé a precludere la dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale o di accertamento dello stato di insolvenza, ma solo la pendenza di misure protettive. Il trattamento riservato alla composizione negoziata, sotto questo profilo, è dunque radicalmente differente da quello dedicato invece agli strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza, la cui pendenza, invece, innesca *ex se* una siffatta preclusione, così come analoga sostanziale preclusione è innescata finanche dalla pendenza di un procedimento per la loro apertura, essendo consentito pronunciare sentenza di apertura della liquidazione giudiziale solo dopo aver definito le domande di accesso a uno strumento di regolazione della crisi o dell'insolvenza eventualmente proposte (art. 49, comma 1). La cosa può evidentemente spiegarsi col fatto che, in quest'ultimo caso, il legislatore ha reputato che, pur condividendo uno dei possibili presupposti con la liquidazione giudiziale, quegli strumenti costituiscano la soluzione tendenzialmente preferibile di risoluzione dell'insolvenza; ma se anche la composizione negoziata condividesse con la liquidazione giudiziale uno dei possibili presupposti, non sarebbe del tutto agevole spiegare le ragioni per cui non sarebbe stata anche qui accordata analoga preferenza, mentre è più semplice spiegare il tutto proprio con la diversità dei presupposti alla base dei diversi strumenti.

(iii) Per di più – e si tratta dell'elemento decisivo – la preclusione non è affatto assoluta, giacché a farla cadere sarebbe sufficiente che il tribunale revocasse le misure protettive (cfr. lo stesso art. 18, comma 4, secondo cui la sentenza «... non può essere pronunciata, *salvo che il tribunale disponga la revoca* delle misure protettive»): una revoca che, pertanto, ben potrebbe giustificarsi ad esempio perché il tribunale ritenga che la composizione negoziata sia stata indebitamente attivata in presenza di uno stato di insolvenza

⁽¹⁵⁾ S. AMBROSINI, *op. cit.*, p. 7.

già conclamato ⁽¹⁶⁾.

6. (Segue) L'inammissibilità dell'istanza di nomina dell'esperto in pendenza di un procedimento per l'apertura di un qualsiasi strumento di risoluzione della crisi o dell'insolvenza

Un secondo argomento sistematico in favore della lettura estensiva è quello che si ritiene di dover trarre dall'art. 25-*quinquies* CCII ⁽¹⁷⁾, dove è sancita l'inammissibilità dell'istanza di nomina dell'esperto ai fini della composizione negoziata ogniqualvolta ci si trovi «in pendenza del procedimento introdotto con ricorso depositato ai sensi dell'articolo 40, anche nelle ipotesi di cui agli articoli 44, comma 1, lettera a), 54, comma 3, e 74» e, dunque, in pendenza di un procedimento per l'apertura di uno qualsiasi degli strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza: «previsioni, queste, che ...» – si sostiene – «... non avrebbero senso se il presupposto oggettivo della composizione negoziata non potesse risiedere anche nello stato di crisi o di insolvenza».

Si tratta, tuttavia, di argomentazione ribaltabile e addirittura utilizzabile come spunto *a contrario*.

Difatti, nel momento in cui il debitore ha presentato istanza di accesso a uno strumento di regolazione della crisi o dell'insolvenza, la ragione della inammissibilità dell'istanza di nomina dell'esperto ai fini della composizione negoziata potrebbe, in astratto, spiegarsi o (muovendo dall'ipotesi della identità dei presupposti) con la preclusione del cumulo degli strumenti o (convenendo sulla diversità dei presupposti) proprio col fatto che sarebbe lo stesso istante ad aver affermato di trovarsi in una condizione di crisi o di insolvenza, ciò che gli precluderebbe appunto l'accesso alla composizione negoziata.

Che sia questa – e non la prima – la spiegazione più plausibile e coerente col sistema si ricava dal fatto che lo stesso art. 25-*quinquies*, al 2° periodo, aggiunge che «L'istanza non può essere altresì presentata nel caso in cui l'imprenditore, nei quattro mesi precedenti l'istanza medesima, abbia rinunciato alle domande indicate nel primo periodo». Se il presupposto dei diversi strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza e della composizione negoziata fosse identico, sarebbe più difficile spiegare la ragione per cui, una volta rinunciato alla domanda di apertura di uno strumento e in assenza di istanze di liquidazione

⁽¹⁶⁾ O, ad accogliere la soluzione della possibile legittima prosecuzione delle trattative a fronte di uno stato di insolvenza sopravvenuto, perché il tribunale ritenga che non sussistano in ogni caso ragionevoli prospettive di risanamento dell'impresa.

⁽¹⁷⁾ S. AMBROSINI, *op. cit.*, p. 7. L'argomento è riferito all'art. 23, comma 2, d.l. 24 agosto 2021, n. 118 («Misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale, nonché ulteriori misure urgenti in materia di giustizia»), conv., con modif., in l. 21 ottobre 2021, n. 147, che aveva anticipato la disciplina della composizione negoziata ed è poi confluito, con modificazioni, nel Codice.

giudiziale da parte di terzi, non debba essere consentito al debitore di instare per l'apertura di un tavolo di composizione negoziata. Per contro, è proprio la diversità dei presupposti che può fornire una plausibile giustificazione alla estensione della preclusione: quella di evitare un utilizzo strumentale e inappropriato della composizione negoziata, quale sarebbe paventabile ove il debitore, che abbia inizialmente proposto una domanda di accesso a uno strumento che presuppone il suo stato di crisi o di insolvenza, intendesse presentare istanza di attivazione della composizione negoziata senza che sia trascorso un tempo tale da poter immaginare che siano intervenuti mutamenti interni o di contesto tali da comportare una regressione dello stato di crisi o di insolvenza a uno stadio di minore gravità.

Ad ulteriore conferma, del resto, la norma dice che l'istanza di nomina dell'esperto «non può essere presentata», «in pendenza del procedimento ...» o per i quattro mesi successivi alla sua rinuncia: la qualificazione più appropriata parrebbe quindi quella di una «inammissibilità» generata dalla pendenza di un determinato procedimento, prima ancora che dalla infondatezza nel merito dovuta all'assenza dei presupposti oggettivi per il suo accoglimento.

Rispetto al suo precedente del 2021, poi, la norma attuale del Codice, per come è formulata, parrebbe applicarsi anche a fronte di un procedimento pendente per l'apertura della liquidazione giudiziale su istanza di terzi (un creditore, organi di controllo o autorità di vigilanza o il pubblico ministero).

In questo caso la spiegazione che si è poc'anzi prospettata non reggerebbe, atteso che la mera presentazione di istanze di liquidazione giudiziale non recherebbe alcuna certezza circa il loro successivo accoglimento e, dunque, nessuna certezza anche in ordine alla presenza dello stato di insolvenza, che deve formare oggetto di accertamento da parte del tribunale adito. Neanche l'istanza di auto-liquidazione giudiziale, per vero, fornirebbe analoga certezza; ma in questo caso, così come nel caso di domanda di apertura di uno strumento di risoluzione alternativo, una presentazione della domanda di nomina dell'esperto sarebbe inficiata dalla contraddittorietà del comportamento dello stesso debitore, il quale non potrebbe che imputare a se stesso l'impedimento opposto dall'art. 25-*quinquies*.

Ma è plausibile che la ragione della preclusione, in questo caso, stia nella volontà di evitare che alla composizione negoziata si potesse essere tentati di accedere come strumento di reazione a una istanza di liquidazione giudiziale da parte di un creditore e che, per di più, si potesse mettere a disposizione del debitore un'arma di difesa ancor più potente (con ulteriore enfaticizzazione del rischio di un impiego strumentale) in combinazione con l'istanza di misure protettive e la conseguente elevazione dello scudo preclusivo della liquidazione giudiziale. In altri termini, la norma funziona, in tal caso, come incentivo a un uso tempestivo dello strumento e come un mezzo per disinnescare il rischio di

un ricorso abusivo ed ingiustificato.

In tutti i casi, dunque, la previsione in discorso può agevolmente spiegarsi proprio con la diversità dei presupposti tra composizione negoziata e liquidazione giudiziale.

La stessa dottrina che pure propende per la versione più radicale ed estrema tra le soluzioni estensive⁽¹⁸⁾, del resto, ammette che, leggendo assieme l'art. 2, lett. m-*bis*), e 25-*octies*, CCII, e valorizzando il fatto che il legislatore raccomanda che il tentativo di composizione negoziata preceda l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi [art. 2, lett. m-*bis*)] e ne impedisce la presentazione quando pende il procedimento di accesso a detti strumenti (art. 25-*quinquies*), si sarebbe perciò indotti a pensare che si tratti di uno strumento che vuole dare all'impresa un'occasione di prevenzione della crisi, prima ancora e, piuttosto, che di prevenzione dell'insolvenza.

7. Ulteriori argomenti logici di supporto invocati in dottrina e in giurisprudenza

Solo per completezza, poi, vanno anche menzionati alcuni argomenti logici che vengono spesi quale ulteriore supporto complementare a sostegno della tesi estensiva e che, tuttavia, oltre a risultare essi stessi superabili, possono addirittura fornire spunti nella direzione esattamente contraria.

(i) Il primo di tali argomenti è che, se il debitore ha bisogno di un "facilitatore" (l'esperto), ciò significa che esso stesso non ritiene più praticabili soluzioni "interne" di ristrutturazione del modello aziendale: il che integrerebbe di regola una situazione di crisi già in atto⁽¹⁹⁾.

Il rilievo appare insufficiente. Il ricorso al "facilitatore" potrebbe anche semplicemente giustificarsi per il fatto che l'imprenditore, pur trovandosi ancora in uno stato di pre-crisi, non si reputi in grado di superare autonomamente le condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario in cui attualmente versa e ritenga quindi necessario, al fine di rimuovere il rischio della probabile tracimazione in uno stato di crisi o di insolvenza, affidarsi all'ausilio di un esperto che lo assista e lo conduca attraverso il percorso della composizione negoziata. Un percorso il cui vantaggio comparativo rispetto a soluzioni "autoctone" è anche legato ai benefici fiscali concessi durante la composizione e in esito alla stessa (art. 25-*bis* in tema di "misure premiali") e alle possibili agevolazioni anche di tipo "concorsuale" di cui è possibile fruire anche in caso di esito non del tutto positivo della composizione [artt. 23, comma 2, lett. c), e 25-*sexies*, sulla possibilità di accedere al "concordato semplificato"; art. 23, comma 2, lett. b),

⁽¹⁸⁾ E. LA MARCA, *op. cit.*, p. 11 s.

⁽¹⁹⁾ S. AMBROSINI, *op. cit.*, p. 7.

sulla riduzione dal 75 al 60 per cento della percentuale di creditori aderenti appartenenti alle singole categorie ai sensi dell'art. 61, comma 2, lett. c), in caso di accordo di ristrutturazione ad efficacia estesa; art. 40, comma 10, sulla inapplicabilità dello sbarramento temporale ivi previsto ai fini della presentazione di una domanda di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza in pendenza di un procedimento per l'apertura della liquidazione giudiziale]. Non indifferente è, per di più, anche il fatto che, diversamente da un tavolo negoziale avviato e gestito in autonomia, la composizione negoziata innesca obblighi di collaborazione e/o di partecipazione attiva a carico dei creditori, tanto più incisivi se banche o intermediari finanziari (art. 16, commi 5 e 6).

(ii) Il secondo argomento speso è che, se è necessaria una ristrutturazione totale o parziale del debito, ciò significa che il rischio di insolvenza è già tendenzialmente in essere ⁽²⁰⁾.

Come con riguardo al rilievo che precede, anche qui ciò potrebbe semplicemente significare che senza quella ristrutturazione la condizione di pre-crisi evolverebbe in una condizione di crisi o di insolvenza. Lo stesso argomento, del resto, è formulato paventando un «rischio di insolvenza», non già un'insolvenza già in essere.

Senza contare, per di più, che i livelli di “ristrutturazione” possono essere i più vari e che la composizione negoziata può coprire gli spazi più ampi, sia in termini di tipologia di accordo (per ipotesi, anche semplicemente di moratoria e non anche remissorio) sia in termini di estensione soggettiva (potendo comprendere accordi non necessariamente con tutti i creditori [art. 23, comma 1, lett. b)] e finanche contratti con solo uno o più creditori [art. 23, comma 1, lett. a)].

(i) e (ii). Entrambi gli argomenti sono poi ribaltabili in senso radicalmente rovesciato.

Presi fino in fondo e portati alle loro più logiche conseguenze, difatti, condurrebbero a concludere che i presupposti della composizione negoziata sarebbero sempre e solo la crisi o l'insolvenza e mai la pre-crisi: conclusione cui però, come si è visto, questa stessa dottrina non ritiene di accedere e che risulta sostenuta solo da una parte più ristretta di sostenitori della soluzione estensiva, la quale, anzi, a ben vedere, ritiene di dover distinguere tra la situazione di pre-crisi, astrattamente prospettabile ai fini dell'accesso alla composizione negoziata ai sensi dell'art. 12, dalla medesima situazione presupposta dall'art. 25-*octies* con riguardo ai doveri di allerta interna e per di più invoca, a tal fine, un intervento normativo correttivo del dettato letterale, ritenuto evidentemente insufficiente, da solo, a supportare una siffatta

⁽²⁰⁾ S. AMBROSINI, *op. cit.*, p. 7 s.

conclusione.

(iii) Sempre e solo per spirito di completezza, appena un cenno merita un passaggio che pure si riscontra nella giurisprudenza in argomento, là dove si invoca, come dato normativo significativo, il fatto che non sia previsto un filtro a monte in presenza di uno stato di insolvenza.

Si tratta, difatti, di argomentazione in tutta evidenza circolare: il filtro è quello in generale affidato alla delibazione dell'esperto, che è evidentemente chiamato ad effettuarla sulla scorta del dato normativo con cui vengono delineati i presupposti oggettivi di accesso allo strumento. Ciò di cui si sta discutendo è proprio il senso da attribuire al dettato normativo con il quale il presupposto viene identificato nelle condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che rendono probabile la crisi o l'insolvenza.

(iv) Stessa valenza ha anche l'argomento che si vorrebbe trarre dal fatto che anche il "test di autodiagnosi" messo a disposizione sulla piattaforma telematica nazionale ai sensi dell'art. 13, comma 2, non richieda la dimostrazione dell'inesistenza di uno stato di insolvenza.

Si tratta, invero, di test (per di più solo facoltativo) elaborato sulla scorta di un decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia e, dunque, non di fonte legale, dal quale pertanto non è possibile estrarre indici ermeneutici rilevanti ai fini della più corretta interpretazione della legge primaria, essendo piuttosto quest'ultima a dover indirizzare, in modo vincolante, la corretta formulazione della disciplina regolamentare attuativa.

8. Le indicazioni ricavabili dall'art. 21 sui doveri dell'imprenditore in stato di crisi o che, nel corso della composizione negoziata, risulti insolvente

Un argomento molto forte nella direzione estensiva è quello che viene ricavato dall'art. 21, comma 1, 2° e 3° periodo, dove si legge testualmente che «L'imprenditore *in stato di crisi* gestisce l'impresa in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività» e che «Quando, nel corso della composizione negoziata, risulta che l'imprenditore è *insolvente* ma esistono concrete prospettive di risanamento, lo stesso gestisce l'impresa nel prevalente interesse dei creditori»⁽²¹⁾.

La norma sarebbe la diretta e incontrovertibile testimonianza della compatibilità tra composizione negoziata e stato di crisi o addirittura di insolvenza.

Non è questa, tuttavia, l'unica lettura possibile del dettato normativo.

Conviene, al riguardo, distinguere il riferimento alla crisi (del 2° periodo) da quello all'insolvenza (del 3° periodo).

(21) Cfr., per tutti, E. DESANA, *op. cit.*, p. 220, secondo cui l'art. 21 entrerebbe in combinato disposto con l'art. 12, integrando così il dato normativo da cui ricavare il presupposto oggettivo della composizione negoziata.

(i) *Imprenditore che nel corso della composizione negoziata risulti insolvente.* Quanto a quest'ultimo, difatti, è significativo, se non decisivo, il fatto che si faccia riferimento al (solo) caso in cui «nel corso della composizione negoziata» risulti che l'imprenditore è insolvente. Passaggio, questo, dal quale sembra potersi dedurre che lo stato di insolvenza non sia una condizione legittimante l'accesso alla composizione negoziata, ma solo la sua continuazione, una volta che sia stata legittimamente attivata. In altri termini, se l'insolvenza sopraggiunge «nel corso della composizione negoziata», pur non essendo una condizione che avrebbe legittimato (*ex ante*) l'accesso allo strumento, non ne scaturirebbe la necessaria interruzione (*ex post*) delle trattative in corso e la conseguente archiviazione con chiusura "negativa" della stessa.

È significativo, a tal fine, anche il fatto che l'interruzione sarebbe scongiurata alla sola condizione che esistano «concrete» prospettive di risanamento: essendo la presenza di ("ragionevoli") prospettive di risanamento un presupposto generale della composizione negoziata (art. 12, comma 1), ribadirne la necessità sarebbe stato e sarebbe del tutto superfluo se non si intendesse che il legislatore abbia invece più semplicemente voluto rimarcare che in tal caso non sarebbe di impedimento l'assenza di una delle due condizioni cumulative che ordinariamente integrano il presupposto oggettivo (le condizioni di squilibrio che rendono solo probabile la crisi o l'insolvenza), ma resterebbe invece ferma la necessaria sussistenza della seconda condizione (le ragionevoli prospettive di risanamento dell'impresa); e che questa stessa ulteriore condizione, in tal caso, assume una valenza più stringente, essendo imposto (qui, diversamente dall'art. 12), che le prospettive di risanamento risultino non più solo "ragionevoli" (in astratto ⁽²²⁾), bensì «concrete».

(ii) *Imprenditore in stato di crisi.* Più complesso ed incerto appare invece il caso in cui l'imprenditore in composizione negoziata versi «in stato di crisi».

In questo caso, bisogna in effetti riconoscere, non si parla di situazione che potrebbe sopraggiungere. Ed anzi, proprio dal confronto con la diversa formulazione del periodo successivo potrebbe ricavarsi un pesante indice argomentativo in favore dell'ipotesi che lo stato di crisi potrebbe anche essere concomitante con l'avvio della composizione negoziata.

Non manca, tuttavia, anche in questo caso la possibilità di una diversa lettura, tale per cui la norma finisca per risultare neutrale (e comunque non decisiva) ai fini della soluzione del tema in discussione. La lettura alternativa, segnatamente, sarebbe nel senso che la norma avrebbe la valenza di precisare che se, nonostante l'accoglimento dell'istanza di nomina dell'esperto e l'avvio della composizione negoziata, il debitore, ad onta di quanto dichiarato e di quanto

(22) Sul punto v. nuovamente E. LA MARCA, *op. cit.*, p. 12 s.

valutato dallo stesso esperto, si trovi di fatto in una condizione di crisi, la pendenza della composizione negoziata non lo esonererebbe dal dovere di «gesti[re] l'impresa in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività» (o rispettivamente, in caso di insolvenza, dal dovere di gestire l'impresa «nel prevalente interesse dei creditori»). Così, tra l'altro, si spiegherebbe più agevolmente anche il terzo periodo, posto a chiusura del primo comma dell'art. 21, secondo cui «Restano ferme le responsabilità dell'imprenditore», dove nuovamente si intende rimarcare come la pendenza della composizione negoziata non costituisca una sorta di salvacondotto o di condizione di esonero dall'osservanza dei doveri (generali e speciali) che gravano sull'imprenditore e, nel caso di imprenditore collettivo, sui relativi organi gestori e di controllo. E così, ad esempio, ove la composizione negoziata dovesse chiudersi negativamente e fosse successivamente aperta una liquidazione giudiziale, il curatore potrebbe far valere la responsabilità in cui gli amministratori sarebbero incorsi nei confronti dei creditori sociali per aver violato tali specifici doveri, con un titolo di responsabilità che si aggiungerebbe a (o consoliderebbe e rafforzerebbe) quello tipico e classico dell'aggravamento del dissesto e che potrebbe finanche prescindere, proprio in ragione della specialità dei presupposti, dalle stesse condizioni stabilite all'art. 2486 c.c.).

(i)-(ii) Ma soprattutto, una volta riconosciuto che il sistema non ammette l'accesso alla composizione negoziata in presenza di uno stato di insolvenza preesistente alla presentazione dell'istanza (ma ne consente la sola prosecuzione a fronte di un'insolvenza reversibile sopravvenuta o di cui si sia comunque avuto contezza solo nel corso di svolgimento della composizione medesima), cadrebbe ogni possibilità di intendere la relazione di "probabilità" che lega lo squilibrio all'insolvenza come afferente a due grandezze astrattamente sovrapposte e di cui l'una costituisca solo il fondamento congetturale dell'altra: con riguardo all'insolvenza, dunque, la locuzione «*condizioni ... che rendono probabile ... l'insolvenza*» non potrebbe avere altro significato se non quello prospettico.

Ed allora, parrebbe quanto meno curioso che, nello stesso contesto sintattico, "probabile" fosse inteso in due significati differenti con riguardo ai due terminali di riferimento e che, cioè, fosse inteso in senso (anche) congetturale con riguardo alla crisi e meramente prospettico con riguardo all'insolvenza!

In altri termini: se il legislatore avesse inteso "probabile" in senso anche congetturale e non solo in senso prospettico, l'espressione da utilizzare sarebbe stata quella del debitore che versi in condizioni di squilibrio che rendono *probabile la crisi* (senza alcun riferimento all'*insolvenza*); è, dunque, proprio il combinato disposto dell'art. 12 (con il richiamo espresso alla probabilità anche dell'insolvenza e non solo della crisi) con l'art. 21, co. 1, 3° periodo, ad imporre la conclusione per cui la relazione di "probabilità" che lega lo squilibrio alla

crisi e all'insolvenza, nell'art. 12, è (e non potrebbe altro che essere) intesa in senso puramente prospettico e non anche congetturale.

9. Le indicazioni ricavabili dall'art. 23 sugli esiti delle trattative

Di scarso pregio appare, infine, l'argomento tratto dall'art. 23, dedicato alla "Conclusione delle trattative" (così la sua rubrica), dove vengono menzionati, quali possibili esiti della composizione negoziata, i diversi strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza: trattandosi di strumenti che presuppongono tutti una condizione di crisi o di insolvenza – si sostiene – se ne trarrebbe conferma della omogeneità dei presupposti con quelli della composizione negoziata⁽²³⁾.

A ben vedere, l'art. 23, al primo e al secondo comma, distingue due tipologie di esiti, a seconda che sia stata «individuata una *soluzione idonea al superamento della situazione di cui all'articolo 12, comma 1*» o, rispettivamente, che «all'esito delle trattative» *non sia stata invece «individuata una soluzione tra quelle di cui al comma 1*». Ed è proprio nel secondo comma che vengono menzionati i diversi strumenti di regolazione che presuppongono una crisi o un'insolvenza conclamate⁽²⁴⁾.

La spiegazione della norma potrebbe quindi più semplicemente essere quella per la quale il fallimento delle trattative avrebbe reso evidenza del fatto che il rischio (la "probabilità") di crisi o di insolvenza che aveva legittimato l'avvio della composizione negoziata non sia stato superato e che, anche in ragione del tempo trascorso alla ricerca di una soluzione non andata in porto, le condizioni di squilibrio siano traccimate in uno stato di crisi o di insolvenza ormai conclamate.

10. Ulteriori argomentazioni sistematiche e problematiche: l'ingiustificata disparità di trattamento che si avrebbe, ove i presupposti oggettivi fossero omogenei, con gli strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza quanto alla disciplina su competenza, forma e pubblicità delle decisioni di accesso e sulla trasparenza delle relative domande.

⁽²³⁾ S. AMBROSINI, *op. loc. ultt. citt.*

⁽²⁴⁾ Per vero, al primo comma, accanto alla soluzione del contratto con uno o più creditori [lett. a)] o dell'accordo con i creditori [lett. c)] si menziona anche la convenzione di moratoria di cui all'art. 62 CCII, che è a sua volta uno degli strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza. Tuttavia è significativo il fatto che, tra i diversi strumenti in questione, la convenzione di moratoria sia l'unica per la quale il legislatore non ha indicato in modo esplicito quale ne sia il presupposto oggettivo; ed è del pari significativo il fatto che la dottrina tende ad escludere che lo stesso possa consistere nello stato di insolvenza e finanche a descriverlo come compatibile con una condizione di crisi più lieve, suscettibile di superamento mediante uno strumento che non a caso sarebbe circoscritto alla sola moratoria.

In favore della soluzione restrittiva militano, infine, due ulteriori considerazioni, che hanno una valenza argomentativa al contempo “sistematica” e “problematica”. Entrambe fanno capo alla scelta legislativa di collocare la composizione negoziata al di fuori del novero degli “strumenti di regolazione della crisi o dell’insolvenza”.

La scelta già di per sé potrebbe valere quale indice interpretativo della diversità dei presupposti oggettivi. Ma vale la pena sgombrare il campo dal possibile dubbio che, invece, la ragione alla sua base potesse essere diversa e, segnatamente, che debba ravvisarsi nell’assenza di un ruolo dell’autorità giudiziaria, che costituirebbe invece coelemento essenziale di riconduzione a categoria unitaria degli strumenti di regolazione della crisi o dell’insolvenza. Che non sia questo l’elemento coagulante, difatti, è confermato non tanto dalla convenzione di moratoria, dove l’intervento dell’autorità giudiziaria, per quanto meramente eventuale, è comunque parte integrante e qualificante della relativa disciplina, quanto dai piani attestati di risanamento, per i quali, allo stesso modo della composizione negoziata, l’autorità giudiziaria non gioca nessun ruolo.

La diversa collocazione sistematica, per di più, non si esaurisce nella semplice differente dislocazione topografica delle diverse discipline all’interno del Codice, ma reca con sé anche rilevanti ricadute applicative, con in testa quella relativa alla non applicabilità, alla sola composizione negoziata, dell’art. 120-*bis* CCII, in tema di “accesso” a uno strumento di regolazione della crisi e dell’insolvenza.

La norma, come è noto, stabilisce regole di competenza alla decisione di accedere a uno degli strumenti di regolazione della crisi o dell’insolvenza, nonché regole di forma e pubblicità delle relative determinazioni e, ancora, regole di protezione dell’organo amministrativo dal rischio di revoche ritorsive da parte dei soci, a protezione dell’indipendenza con cui gli amministratori sono chiamati a decidere, con la dovuta tempestività, le misure con cui fronteggiare una situazione di crisi o di insolvenza conclamate.

Ebbene, ove davvero la composizione negoziata fosse una delle possibili misure con cui affrontare, in piena alternatività rispetto agli strumenti di regolazione della crisi o dell’insolvenza, uno stato attuale di crisi o di insolvenza, si farebbe fatica a comprendere perché mai, solo in questo caso, non dovrebbero applicarsi analoghe regole in tema di competenza, di forma e pubblicità delle determinazioni e di protezione dal rischio di revoche ritorsive da parte dei soci. A parità di “gravità” della condizione in cui verserebbe il debitore, si avrebbe una disparità di trattamento difficilmente giustificabile, tanto più se si considera che un regime informato alla massima cautela e trasparenza finirebbe per essere, paradossalmente, disapplicato proprio nel caso in cui si optasse per lo strumento meno incisivo e garantista per il ceto creditorio.

Ancora, in tutti gli strumenti di regolazione della crisi o dell’insolvenza (fatta

eccezione, in ragione delle peculiarità dello strumento, per i soli piani attestati di risanamento), la domanda di accesso forma oggetto di iscrizione nel registro delle imprese (art. 40, comma 3, CCII), con un regime quindi di pubblicità che si aggiunge a quella già attuata (*ex art. 120-bis*) con riguardo alla decisione di accesso ove il debitore rivesta forma societaria.

Orbene, ove il presupposto della composizione negoziata fosse davvero una condizione di pari gravità, si farebbe nuovamente fatica a comprendere le ragioni di un trattamento normativo così radicalmente differente: improntato, in un caso, alla massima trasparenza e pubblicità, nell'altro alla più totale riservatezza (squarciata solo a fronte della, meramente eventuale, richiesta di misure protettive).

Per contro, la diversa disciplina troverebbe ragionevole e piena giustificazione ove il presupposto della composizione negoziata fosse una condizione ancora di pre-crisi, giacché la *ratio* che giustificerebbe l'opzione legislativa in favore della riservatezza sarebbe quella di evitare che la conoscenza dell'avvenuta presentazione dell'istanza di nomina dell'esperto possa creare quell'allarme che rischierebbe, con inevitabile "effetto domino", di accelerare e rendere irreversibile quella tracimazione verso uno stato di crisi o di insolvenza che con l'accesso alla composizione negoziata si vorrebbe invece prevenire.

In altri termini, nell'equilibrio tra riservatezza e pubblicità, il Codice ha optato per la pubblicità (persino anticipata e duplice, in caso di forma societaria) tutte le volte in cui si sia dinanzi a uno stato di crisi o di insolvenza: parrebbe quindi contraddittorio far prevalere la riservatezza, a parità di condizioni economiche, per di più nel caso in cui la scelta effettuata dal debitore sarebbe indirizzata verso lo strumento più blando e che lascia al debitore la più ampia libertà di manovra, fatta eccezione per i soli doveri di gestione dell'impresa sopra rammentati.

11. Le indicazioni dell'Osservatorio Unioncamere sull'andamento delle composizioni negoziate e un ulteriore stimolo in favore dell'interpretazione restrittiva del presupposto oggettivo

La bontà di un istituto (e dunque la valutazione positiva che è possibile esprimere nei suoi riguardi) si misura principalmente avendo riguardo alla sua capacità di performare positivamente (*alias*, di raggiungere gli obiettivi che il legislatore si è prefisso con la sua introduzione e con le scelte sottese alla sua disciplina). Il che è ricavabile in prima battuta dal dato empirico, dalla osservazione della realtà applicativa, dalle rilevazioni statistiche, ecc.

Per di più il giurista non dovrebbe limitarsi a riportare gli esiti di tali risultanze empiriche, per poi aggiungersi al coro degli estimatori o dei detrattori dell'istituto oggetto di osservazione, ma dovrebbe assumersi anche la

responsabilità di partecipare al processo di calibrazione e messa a punto cui ogni istituto, calato nella realtà operativa, viene sottoposto.

In tale ordine di idee, di grande interesse appaiono i dati pubblicati dall'*Osservatorio Nazionale sulla Composizione Negoziata* istituito presso Unioncamere, che riportano, con la terza edizione del "report" in data 15 maggio 2023, i risultati del primo anno e mezzo di applicazione dell'istituto.

Ebbene, da tali dati emerge che i tavoli chiusi "positivamente" sarebbero 39 su 316 complessivi, con una percentuale quindi del 12,35% di esiti favorevoli e dell'87,65% di chiusure negative.

Nel novero delle composizioni dall'esito favorevole, per vero, vengono inserite, accanto a 9 (2,85%) chiusure mediante un "contratto" di cui all'art. 23, comma 1, lett. a), e a 13 (4,11%) chiusure mediante un "accordo" di cui all'art. 23, comma 1, lett. c), anche 7 casi (2,22%) di presentazione di una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione, 1 caso (0,32%) di redazione di un piano attestato di risanamento e 9 casi (2,85%) in cui vi sarebbe stata domanda di accesso a (non meglio specificate) "altre procedure di regolazione della crisi". Tra gli "esiti sfavorevoli", invece, sono collocati 123 casi (38,92%) nei quali è risultata l'assenza di prospettive di risanamento (e dunque l'assenza di uno dei due presupposti oggettivi di apertura della stessa composizione), 105 casi (33,23%) in cui le trattative hanno avuto esito negativo, 39 casi (12,34%) in cui lo stesso imprenditore ha successivamente rinunciato, 8 casi (2,53%) chiusi con presentazione di una domanda di concordato semplificato e 2 casi (0,63%) in cui vi è stata una dichiarazione di fallimento.

Quanto ai 9 casi relativi ad "altre procedure di regolazione della crisi", volendo effettuare una sorta di deduzione per sottrazione (rispetto a piani attestati di risanamento, accordi di ristrutturazione e concordati semplificati, menzionati espressamente tra gli "esiti sfavorevoli"), verrebbe da pensare a convenzioni di moratoria, piani di ristrutturazione sottoposti ad omologazione e concordati preventivi, che tuttavia suonerebbe singolare che fossero collocati tra gli esiti favorevoli nello stesso contesto in cui piani attestati e accordi di ristrutturazione (oltre ai concordati semplificati) sono invece catalogati tra quelli sfavorevoli.

In ogni caso, non sembra che la classificazione nelle due caselle sia del tutto corretta, risultando francamente difficile ascrivere ad esito favorevole quelle trattative che sono poi sfociate in accordi di ristrutturazione, piani attestati di risanamento e, in generale, in procedure (*rectius*, strumenti) di regolazione della crisi o dell'insolvenza. E sembra più corretto quindi circoscrivere il dato degli esiti favorevoli ai soli contratti o accordi di cui alle lett. a) e c) del primo comma dell'art. 23⁽²⁵⁾. I numeri andrebbero quindi riclassificati in 22 casi (invece che

(25) Peraltro in linea con quella che sembra essere la valutazione dello stesso legislatore, riflettendo la ragione esplicita della dislocazione dei diversi "esiti" della composizione tra primo

39) favorevoli su 316, con una percentuale del 6,96% (invece che del 12,35%), a fronte di 294 casi sfavorevoli, pari al 93,04% del totale.

Ad ogni modo, anche a prescindere da quest'ultima notazione, resta comunque impressionante l'enorme divario rispetto ai tavoli chiusi con esito positivo, tanto che li si calcolasse (come qui si ritiene più corretto) nel 93,04% del totale, quanto che si optasse (secondo il criterio classificatorio di Unioncamere) per l'87,65%.

Ma non è tutto.

Il dato in questione sarebbe assai meno negativo, ed anzi il sistema risulterebbe per certi aspetti comunque lodevole e virtuoso, quand'anche si fosse riusciti a salvare una percentuale del 6,96% (o, tanto più, del 12,35%) di tutte le imprese aspiranti, se in tutti gli altri casi l'esito negativo dello strumento non avesse prodotto danni o comportato "costi di sistema". Così però non è. E lo dimostra un ulteriore dato, particolarmente interessante, ricavabile sempre dal *report* dell'Osservatorio Unioncamere.

Il dato in questione è quello relativo alle "misure" che possono essere richieste con l'istanza di composizione negoziata o nel corso del suo svolgimento e che sono accordate attraverso un meccanismo semi-automatico (essendo immediatamente attivate dalla pubblicazione della domanda e dovendo solo essere confermate o meno *ex post* da parte del tribunale). Segnatamente: le c.d. "misure protettive", di cui all'art. 18 (il c.d. "*automatic stay*", col blocco delle azioni esecutive o cautelari e la preclusione della dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale); e le "misure sospensive" degli obblighi di riduzione del capitale per perdite oltre un terzo e di ricapitalizzazione o di messa in liquidazione, di cui all'art. 20.

Da quanto riportato, difatti, emerge che le "misure sospensive" sono chieste nel 46,41% dei casi: il che significa che poco meno della metà delle imprese che accedono alla composizione negoziata sono (dichiaratamente) in condizioni di perdita pesante del capitale e, presumibilmente, in uno stato di liquidazione⁽²⁶⁾.

Le "misure protettive", a loro volta, sono richieste nel 72,62% dei casi, con

e secondo comma dello stesso art. 23: il primo comma comprende gli esiti corrispondenti a «Quando è individuata una *soluzione idonea al superamento della situazione di cui all'articolo 12, comma 1*»; il secondo comma, invece, raccoglie quelli in cui «*all'esito delle trattative non è individuata una soluzione tra quelle di cui al comma 1*». L'unica casella non del tutto consonante con la prospettata ripartizione sarebbe quella della lett. b) del primo comma, dove è collocata la convenzione di moratoria, che tuttavia potrebbe ancora trovare una giustificazione nella limitata portata dello strumento, solo dilatoria e mai remissoria.

⁽²⁶⁾ Secondo gli stessi dati Unioncamere, difatti, risulta che il 29,7% del totale delle imprese in composizione negoziata (non di quelle che hanno chiesto la misura sospensiva, dunque, ma del totale complessivo) presenta un patrimonio netto negativo. Ciononostante, con dato che suona tendenzialmente contraddittorio, solo il 22,43% risulta aver evidenziato la necessità di reperire nuove risorse finanziarie per la continuità aziendale.

un andamento della curva che mostra una crescita esponenziale, ben evidenziata dalla tabella sugli andamenti trimestrali, da cui risulta che nell'ultimo trimestre la percentuale è salita al 76%, con una linea evolutiva che evidenzia un *trend* continuamente crescente.

Ora, mettendo assieme tutti i diversi dati, da quelli relativi agli esiti delle composizioni avviate a quelli sulle misure protettive (ma anche sulle misure sospensive), si comprende bene come l'effetto di sistema sia tutt'altro che indolore: sull'altare in cui si celebra il risicato successo delle poche negoziazioni chiuse positivamente vengono infatti sacrificati tutti i creditori che si trovano bloccati in pendenza di composizioni accompagnate da misure protettive. Lo stesso Osservatorio Unioncamere, nella seconda edizione del 16 novembre 2022, aveva scritto che «Alla luce dei dati fin qui analizzati, sembrerebbe che l'istituto venga utilizzato maggiormente dalle imprese per poter beneficiare dell'*automatic stay*, ossia del divieto per i creditori di esperire azioni esecutive e/o cautelari, più che per ripristinare la propria condizione di difficoltà economico-finanziaria»⁽²⁷⁾.

Avendo riguardo a tali dati ed a tali considerazioni, allora, viene fatto di pensare che spetti anche all'interprete (teorico e pratico) e, dunque, alla dottrina e alla giurisprudenza, di fornire un proprio contributo per far sì che l'istituto possa performare nel modo più efficace e nel contempo più corretto, equilibrato ed efficiente (in termini di bilanciamento tra benefici realisticamente conseguibili mediante effettive e concrete *chance* di pervenire ad esiti favorevoli, da un lato, e costi di sistema, dall'altro, con in testa il sacrificio che il ceto creditorio è chiamato a sopportare in nome delle ridette *chance* di successo).

Viene allora spontaneo immaginare, pur non potendo ovviamente disporre di dati a "controprova", che una più rigorosa delimitazione del presupposto oggettivo che legittima l'apertura della composizione negoziata (e la connessa possibilità di attivare misure protettive) condurrebbe, se non ad un ribaltamento dei risultati complessivi, quanto meno e senz'altro a un'impennata del dato percentuale dei tavoli chiusi con esito positivo, riducendo la forbice tra benefici e costi di sistema.

Il che, per di più, avrebbe l'ulteriore effetto benefico di invertire la tendenziale diffidenza con cui i creditori percepiscono la composizione negoziata (accompagnata, come oggi nella stragrande maggioranza dei casi accade, dalla attivazione di misure protettive): una percezione fortemente condizionata dal peso delle ricadute negative dirette sulle rispettive posizioni

⁽²⁷⁾ Nella terza edizione l'affermazione è stata per vero edulcorata e oggi recita: «Alla luce dei dati fin qui presentati, sembrerebbe che la maggior parte delle imprese, quando inviano istanza di composizione negoziata, richiedano le misure protettive per poter beneficiare dell'*automatic stay*, ossia del divieto per i creditori di esperire azioni esecutive e/o cautelari».

(dal dovere di collaborazione e/o partecipazione attiva, al divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari), non compensato da una equivalente dose di ottimismo sui possibili esiti della composizione e che inevitabilmente conduce a un affievolimento della portata concreta dello stesso dovere di collaborazione e/o di partecipazione attiva, la cui efficacia sarebbe ben superiore se collaborazione e partecipazione si fondassero, oltre che su un imposizione di fonte legale, anche su un convincimento genuino della loro concreta utilità.

IL RUOLO DEL GIUDICE NEL CONCORDATO SEMPLIFICATO*

GIUSEPPE BOZZA

Sommario: 1. L’inserimento del concordato semplificato nel codice della crisi; 2. Caratteristiche del concordato semplificato; 3. La fase dell’ammissione. Poteri del giudice; 4. La fase dell’omologa. Poteri del giudice; 5. Considerazioni conclusive

Abstract: l’autore si occupa di indagare come cambia il ruolo dell’autorità giudiziaria nell’ambito del concordato semplificato. Il saggio offre un’approfondita riflessione volta a cogliere implicazioni e prospettive di un sistema inedito.

Parole Chiave: Codice della crisi, concordato semplificato, ruolo del giudice, fase di omologa.

Abstract: The author investigates how the role of the judicial authority changes within the framework of the simplified arrangement with creditors. The essay offers an in-depth reflection aimed at capturing the implications and perspectives of an unprecedented system.

Keywords: Italian Insolvency Code (“Codice della crisi”), simplified arrangement, the judge’s role, approval phase.

1. L’inserimento del concordato semplificato nel codice della crisi

Il d.l. 24 agosto 2021, n. 118, convertito, con modifiche, dalla l. 21 ottobre 2021, n. 147, ha introdotto consistenti novità che ampliano il già variegato catalogo degli strumenti per superare la crisi d’impresa, quale la composizione

* Il presente contributo è destinato a un volume collettaneo a cura di Stefano Ambrosini.

negoziata della crisi e, contestualmente, ha “inventato” una nuova figura di concordato, definita dall’art. 18 “concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio”. Questo corpo normativo, con il d.lgs 17 giugno 2022, n. 83, è stato trasferito nel codice della crisi, ove ha preso il posto dell’allerta e della composizione assistita e, contestualmente, l’art. 46 del d.lgs n. 83 del 2022 ha abrogato gli artt. da 2 a 19 del d.l. n. 118/2021, ad eccezione dell’art. 10, del quale è stato abrogato solo il primo comma. In questa trasposizione gli articoli del decreto legge del 2021 hanno assunto una nuova numerazione, ed in particolare, gli artt. 18 e 19, che contenevano la regolamentazione del concordato semplificato, sono stati trasfusi negli artt. 25-*sexies* e 25-*septies* e collocati nel nuovo Titolo II, Capo II che contiene, appunto, la disciplina del “Concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio all’esito della composizione negoziata”.

Questa nuova sistemazione della disciplina della composizione negoziata della crisi e del concordato semplificato non è priva di conseguenze perché, da un lato, richiede una verifica degli effetti dei richiami normativi- che nel decreto del 2021 erano a disposizioni della legge fallimentare ed ora sono, ovviamente, a quelle del nuovo codice, di contenuto non sempre coincidenti con le precedenti¹- e, dall’altro, impone di confrontarsi con la nuova configurazione degli strumenti di regolamentazione della crisi e dell’insolvenza.

Questi sono entrati nel tessuto normativo del codice con l’ultimo intervento del 2022 con una certa difficoltà. Invero, il nostro legislatore, in attuazione della direttiva europea n. 1023 del 2019 (direttiva *insolvency*) che fa riferimento ai quadri di ristrutturazione, chiarendo fin dall’art. 1, comma 1, che “la presente direttiva stabilisce norme in materia di quadri di ristrutturazione preventiva per il debitore che versa in difficoltà finanziarie e per il quale sussiste una probabilità di insolvenza, al fine di impedire l’insolvenza e di garantire la sostenibilità economica del debitore”², nella originaria stesura del decreto di

¹ Si pensi, ad esempio, al richiamo dell’art. 111 l. fall., contenuto nel secondo comma dell’art. 18 d.l. n. 118/2021 e all’attuale richiamo all’art. 6 CCII contenuto nel pari comma del nuovo art. 25-*sexies*, che detta una disciplina della prededuzione completamente diversa da quella di cui al secondo comma dell’art. 111 l. fall.

² Concetto meglio esplicitato nei considerando che precedono l’articolato normativo, nei quali si precisa che “i quadri di ristrutturazione preventiva dovrebbero innanzitutto permettere ai debitori di ristrutturarsi efficacemente in una fase precoce e prevenire l’insolvenza e quindi evitare la liquidazione di imprese sane. Tali quadri dovrebbero impedire la perdita di posti di lavoro nonché la perdita di conoscenze e competenze e massimizzare il valore totale per i creditori, rispetto a quanto avrebbero ricevuto in caso di liquidazione degli attivi della società o nel caso del migliore scenario alternativo possibile in mancanza di un piano, così come per i

attuazione della Direttiva, risalente a marzo 2022, aveva inserito nell'art. 2 la definizione dei “quadri di ristrutturazione preventiva” da intendersi come “le misure e le procedure volte al risanamento dell’impresa attraverso la modifica della composizione, dello stato o della struttura delle sue attività e passività o del capitale”.

Successivamente, il legislatore, resosi conto che questa definizione poteva riferirsi solo alle misure e procedure volte al risanamento, talché ne sarebbero stati necessariamente esclusi non solo il concordato semplificato, ma lo stesso concordato preventivo liquidatorio, nella versione finale dovuta al decreto n. 83 del 2022, parla non più di quadri di ristrutturazione, bensì di “strumenti di regolazione della crisi e dell’insolvenza”, configurati dalla riscritta lett. m-*bis* dell’art. 2 come “le misure, gli accordi e le procedure volti al risanamento dell’impresa attraverso la modifica della composizione, dello stato o della struttura delle sue attività e passività o del capitale, oppure volti alla liquidazione del patrimonio, o delle attività che, a richiesta del debitore, possono essere preceduti dalla composizione negoziata della crisi”.

A questo punto è indubbio che il concordato semplificato rientra tra gli strumenti di regolazione della crisi e dell’insolvenza, con conseguente applicazione della disciplina dettata per tali figure anche alla fattispecie del concordato semplificato, in quanto ovviamente compatibile³, anche se permangono alcune disarmonie⁴.

proprietari e per l'economia nel suo complesso” (cons. 2); o anche che “la disponibilità di quadri efficaci di ristrutturazione preventiva garantirebbe di poter intervenire prima che le società non siano più in grado di rimborsare i prestiti, contribuendo in tal modo a ridurre il rischio di un deterioramento di questi ultimi nei periodi di congiuntura sfavorevole nonché ad attenuare l'impatto negativo sul settore finanziario. Una percentuale significativa di imprese e di posti di lavoro potrebbe essere salvata se esistessero quadri di prevenzione in tutti gli Stati membri in cui sono ubicati i luoghi di stabilimento dell'impresa, le sue attività o i suoi creditori Nel contempo, le imprese non sane che non hanno prospettive di sopravvivenza dovrebbero essere liquidate il più presto possibile. Se un debitore che versa in difficoltà finanziarie non è sano o non può tornare a esserlo in tempi rapidi, gli sforzi di ristrutturazione potrebbero comportare un'accelerazione e un accumulo delle perdite a danno dei creditori, dei lavoratori e di altri portatori di interessi, come anche dell'economia nel suo complesso.” (cons. 3); e così via.

³ In forza di tale inquadramento è stato correttamente ritenuto che siano applicabile al concordato semplificato gli art. 54 e 55 non richiamati dall’art. 25-*sexies*; cfr. Trib. Milano 16 settembre 2022 in *Diritto della Crisi*, per il quale, appunto, “Sono direttamente applicabili al concordato semplificato le previsioni in materia di misure cautelari e protettive contenute negli artt. 54 e 55 CCII, trattandosi di disciplina dedicata in linea generale al procedimento per l’accesso agli strumenti di regolazione della crisi e della insolvenza”.

⁴ Proprio con riferimento all’art. 54, se è vero che è superfluo il richiamo di tale norma essendo la stessa dettata per il *genus* cui appartiene anche il concordato di nuovo conio, c’è da

Rimane, invece, aperto il discorso dell'applicabilità alla nuova figura in via analogica delle regole dettate specificatamente per il concordato ordinario stante la difficoltà a trovare una stretta analogia tra le due figure, una basata sulla negozialità e l'altra che prescinde dal voto dei creditori.

Questa caratteristica, innovativa e qualificante, fa sì che manchi completamente nel concordato semplificato la fase negoziale, che si realizza attraverso l'incontro della volontà del debitore espressa nella proposta formulata e quella dei creditori espressa attraverso il voto mediante la votazione a maggioranza. E proprio la carenza dell'elemento negoziale fa riemergere prepotente la figura del giudice che valuta la fattibilità, giuridica ed economica, e la convenienza, che sono aspetti preclusi al giudice dell'omologa del concordato ordinario, allontanando il nuovo concordato da quello esistente, nel quale, "i poteri del giudice sono limitati alla sua funzione di garante della regolarità della procedura e custode dell'osservanza dei principi fondanti dell'ordinamento, nonché di organo delegato alla soluzione dei conflitti che dalla procedura derivano, mentre resta affidata agli altri organi della procedura o direttamente ai creditori riuniti in adunanza la decisione circa il merito delle scelte che attengono alle modalità con cui pervenire alla liquidazione del patrimonio del debitore e, quindi, al soddisfacimento dei creditori"⁵.

Non si intende qui riproporre la tesi contrattualistica del concordato ordinario, ma semplicemente sottolineare come questo presenti un paradigma negoziale che è completamente assente nel concordato semplificato⁶ ove, di

chiedersi perché sia stato, invece, richiamato l'art. 6, che, essendo collocato tra i principi generali, comunque sarebbe applicabile al concordato semplificato come a tutte le procedure concorsuali; perché l'art. 23 disponga che, in mancanza del raggiungimento di uno degli accordi di cui al primo comma all'esito della composizione negoziata, il debitore possa, tra le altre, "proporre la domanda di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all'articolo 25-sexies", (co. 2, lett. c) o "accedere ad uno degli strumenti di regolamentazione della crisi e dell'insolvenza disciplinati dal presente codice" (co. 2 lett. d) ponendo così in alternativa tra loro il concordato semplificato e gli strumenti di ristrutturazione della crisi e dell'insolvenza, come se di questa seconda categoria non facesse parte il primo; e così via.

⁵ In termini Cass., 10 febbraio 2011, n. 3274, in *Foro it.* 2011, 7-8, 2095.

⁶ Che spinge Censoni (P.F. Censoni, *Il concordato semplificato: un istituto enigmatico*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 22 febbraio 2022, 3) a dire che il nome stesso di concordato attribuito alla nuova figura è inappropriato in quanto non si concorda nulla, "né fra il debitore e i suoi creditori (anzi proprio la mancanza di un accordo con i creditori o con taluni di essi in sede di composizione negoziata è uno dei presupposti della nuova disciplina), né con il tribunale"; oppure spinge Campobasso (M. Campobasso, *Il concordato liquidatorio semplificato: ma perché il concordato preventivo non trova pace?*, in *Nuove leggi civili comm.*, 1/2022, 120, a dire che "un concordato in cui non viene "concordato" niente, può sembrare un ossimoro.

conseguenza, sono ribaltati i ruoli dei protagonisti, al punto che la proposta del debitore non è consegnata alle valutazioni dei creditori, cui invece - per finalità tipica dell'istituto concordatario- dev'essere diretta, ma è rivolta direttamente al tribunale chiedendo l'omologa; pertanto, non è agevole applicare per analogia le norme dettate per una procedura di stampo negoziale, in cui l'intervento del giudice ha lo scopo di appurare la corrispondenza tra la tutela degli interessi privati con quelli pubblicistici, che giustifica l'estensione degli effetti anche ai dissenzienti e assenti, ad una procedura coattiva, in cui la volontà delle parti si può esprimere solo in sede di opposizione all'omologa e protagonista esclusivo è il giudice che verifica la regolarità, la fattibilità, la convenienza, ecc.. E ciò a tacere delle tante altre differenze normative tra la figura di nuovo conio e l'ordinario concordato preventivo, compreso quello liquidatorio, che emergeranno nel corso delle presenti considerazioni, che fanno del concordato semplificato una procedura completamente diversa da quelle preesistenti⁷.

2. Caratteristiche del concordato semplificato

Per cercare di individuare il perimetro degli interventi consentiti al giudice nella nuova procedura, sia nella fase iniziale che in quella di omologa, è opportuno elencare sinteticamente le caratteristiche più rilevanti del concordato semplificato.

A-Autonomia

Anche nella recente trasposizione il concordato semplificato non è configurato come una nuova figura di concordato autonomo cui il debitore possa accedere direttamente, ma come una procedura utilizzabile, ad esclusiva iniziativa del debitore, solo come sbocco della composizione negoziata, quando le trattative non abbiano portato ad altre soluzioni; pertanto questa nuova procedura è utilizzabile soltanto dall'imprenditore che abbia seguito il percorso della composizione negoziata, sempre che le trattative siano state avviate per aver ritenuto l'esperto ricorrere concrete prospettive di risanamento e che, all'esito delle stesse, non sia stata individuata una soluzione idonea al

⁷ “Il fatto poi che non esista una norma di chiusura, che rinvii alla disciplina del concordato preventivo in quanto compatibile con quella propria del concordato semplificato e che, invece, del primo istituto siano richiamate solo alcune specifiche norme (con il consueto dubbio del *non dixit et non voluit*) consente di riconoscere nella procedura introdotta dal D.L. n.118/2021 un istituto del tutto autonomo rispetto al concordato preventivo!, scrive A. Rossi, *Le condizioni di ammissibilità del concordato semplificato*, in *Fallimento*, 2022, 746.

superamento della situazione di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendevano probabile la crisi o l'insolvenza.

Conclusione che si deduce dall'intera intelaiatura della nuova normativa e, in particolare, dalla previsione del primo comma dell'art. 25-*sexies*, per la quale l'imprenditore può presentare una proposta di concordato per cessione dei beni nei sessanta giorni successivi alla comunicazione della redazione finale redatta dall'esperto nominato per la composizione negoziata e con la quale "dichiara che le trattative si sono svolte secondo correttezza e buona fede, che non hanno avuto esito positivo e che le soluzioni individuate ai sensi dell'articolo 23, commi 1 e 2, lettera b) non sono praticabili". Per la verità tale norma non è del tutto coerente con la previsione del l'art. 23 che non considera più la fattispecie di cui al comma 2, lett. b) distinta dalle altre contenute nello stesso comma, con le quali, invece, concorre alternativamente, tuttavia, per quanto qui interessa, anche questa disposizione prevede la proposizione della domanda di concordato semplificato "all'esito delle trattative" qualora non sia stata "individuata una soluzione tra quelle di cui al comma 1", quando cioè l'esito delle trattative sia stato negativo. In tal caso il debitore può, "in alternativa", fare ricorso alle procedure elencate nel rivisto secondo comma dell'art. 23, tra le quali è compreso il concordato semplificato, nel senso che le soluzioni prospettate non sono alternative a quelle di cui al comma primo in presenza delle stesse condizioni, ma sono alternative tra loro, utilizzabili quando le condizioni non hanno permesso di raggiungere una delle convenzioni stragiudiziali elencate nel primo comma.

B-Natura liquidatoria

Il carattere liquidatorio del concordato semplificato emerge chiaro dalla lettera delle norme che se ne occupano. Invero, la lett. c) del comma secondo dell'art. 23 dispone che, all'esito delle trattative, l'imprenditore può "proporre la domanda di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all'articolo 25-*sexies*" e l'art. 25-*sexies*, la cui rubrica recita: "Concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio all'esito della composizione negoziata", a sua volta, identifica il concordato semplificato in "una proposta di concordato per cessione dei beni" e richiede la presentazione, non di un piano come nell'art. 87, bensì di un "piano di liquidazione" e all'esperto un parere "con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione".

Nonostante l'inequivoco significato del testo normativo, autorevolmente si sostiene che la formula legislativa impedisce la continuità diretta in capo

all'imprenditore⁸, ma non quella indiretta perché questa risulta di fatto espressamente ammessa dall'art. 25-*septies*, ove si prevede che il piano possa comprendere l'offerta di un compratore – con efficacia immediata, prima ancora dell'omologa – riferita all'intera azienda o ad uno o più dei suoi rami⁹.

L'argomento non sembra molto convincente sia per la chiara lettera delle norme citate, sia perché anche nella continuità indiretta rimane quale elemento qualificante la prosecuzione della gestione aziendale da parte dell'imprenditore cedente e di quello cessionario, che manca nella figura di nuovo conio. Invero, la legge consente che la liquidazione del concordato semplificato possa avere ad oggetto una azienda o rami della stessa, ma anche la vendita atomistica dei singoli componenti; non richiede che nel piano concordatario che prevede la vendita unitaria del complesso aziendale sia contemplata la prosecuzione dell'attività fino alla liquidazione e nulla è previsto circa la sorte futura dopo la liquidazione; il piano del debitore che richiede l'omologa del concordato semplificato non deve essere corredato dalla documentazione richiesta dall'art. 87 per il concordato in continuità - tra cui “un piano industriale con l'indicazione degli effetti sul piano finanziario e dei tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria” (art. 87, co. 1, lett. c) e la relazione dell'attestazione contenente una specifica certificazione “che il piano è atto a impedire o superare l'insolvenza del debitore, a garantire la sostenibilità

⁸ Trib. Siena 9 settembre 2022, in *ilcaso.it*, ammette anche la continuità diretta, ma in funzione della prevista vendita frazionata dei beni costituenti il patrimonio aziendale allo scopo di massimizzare i flussi disponibili per soddisfare il ceto creditorio. Ossia, una continuità strumentale alla vendita, tanto che il tribunale richiede che “l'esperto nominato chiarisca la compatibilità della previsione di una continuità diretta con la struttura delineata dal legislatore di un concordato per cessione dei beni, anche in considerazione dell'incidenza dei costi di gestione e del rischio che questi ultimi vadano a detrimento dei creditori nelle more della dismissione dell'intero patrimonio aziendale”; a tal fine- aggiungono i giudici senesi- “è opportuno che l'esperto, specifichi se la prosecuzione dell'attività di impresa prevista dal piano non arrechi pregiudizio ai creditori rispetto all'aspettativa di soddisfacimento nell'ipotesi di apertura della liquidazione giudiziale.

⁹ G. Fichera, *Sul nuovo concordato semplificato: ovvero tutto il potere ai giudici*, in *Diritto della Crisi*, 11 novembre 2021, 4, che riprende uno spunto di S. Ambrosini, *Il concordato semplificato, primi appunti*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 23 settembre 2021, per il quale la cessione dell'azienda o di suoi rami, espressamente prevista dall'art. 19 come possibile nucleo del piano di liquidazione, “continua a rappresentare un'ipotesi di continuità alla stregua della disciplina del concordato preventivo”. Conf. G. D'Attorre, *Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio*, in *Fallimento*, 2021, 1604; M. Vitiello, *Il concordato semplificato: tra liquidazione del patrimonio e continuità indiretta*, in *ilfallimentarista.it*, aprile 2022; D. Galletti, *Breve storia di una (contro) riforma "annunciata"*, in *ilfallimentarista.it*, 1 settembre 2021, p. 9, attribuisce al concordato semplificato “carattere solo apparentemente liquidatorio”.

economica dell'impresa e a riconoscere a ciascun creditore un trattamento non deteriore rispetto a quello che riceverebbe in caso di liquidazione giudiziale" (art. 87, co. 3)-, ma è sufficiente che ad esso sia allegata la documentazione di cui all'art. 39, come espressamente richiesto dall'art. 25-*sexies*; in sede di omologa il tribunale non è tenuto a verificare che "il piano non sia privo di ragionevole prospettive di impedire o superare l'insolvenza", né che i finanziamenti richiesti "siano necessari per l'attuazione del piano e non pregiudichino ingiustamente gli interessi dei creditori" (art. 112, co. 1 lett. f); la distribuzione dell'attivo nel concordato semplificato non è soggetto ai vincoli di cui al sesto comma dell'art. 84- che, per il concordato in continuità, detta regole distributive che, per il valore eccedente quello di liquidazione, propongono il criterio della priorità relativa- ma deve rispettare il principio della priorità assoluta (alla base anche del concordato liquidatorio ordinario), in quanto, a norma dell'art. 25-*sexies*, co. 5, il tribunale, per l'omologa, deve verificare "il rispetto dell'ordine delle cause di prelazione"; non vengono richiamate nella nuova figura in esame le norme tipiche e connaturate alla continuità¹⁰, né altre disposizioni che, seppur utilizzabili anche nei concordati liquidatori, trovano il loro campo elettivo di applicazione nei concordati con continuità¹¹. Se tutto ciò è vero, diventa oltremodo difficile innestare la continuità sul concordato semplificato in quanto appare chiaro che la previsione della cessione unitaria dell'azienda o di un ramo della stessa costituisce una delle possibilità di liquidazione dei beni quale forma di miglior realizzo, come nella stessa liquidazione giudiziale, ove il primo comma dell'art. 214 espressamente la preferisce a quella particellizzata.

Pertanto si può dire che il nuovo tipo di concordato è ascrivibile, sia per la chiara qualificazione legislativa sia per la sua funzione soddisfattoria, alla categoria dei concordati liquidatori, seppur indirettamente possa favorire la

¹⁰ Si pensi al divieto del rifiuto dell'adempimento dei contratti in corso o la "sterilizzazione" del deposito della domanda come possibile causa di risoluzione del contratto secondo i principi generali del codice civile, o l'inefficacia di clausole contrattuali che espressamente prevedano lo scioglimento del contratto come conseguenza della sottoposizione del debitore ad una procedura concorsuale e quant'altro previsto dall'art. 94-*bis*.

¹¹ Ad esempio quella sulla sospensione e scioglimento dei contratti ineseguiti o non compiutamente eseguiti ancora alla data della presentazione del ricorso, di cui all'art. 95 per i contratti con la P.A e all'art. 97 in generale, o quella sulla sospensione degli obblighi in tema di riduzione o perdita del capitale sociale di cui all'art. 89, e così via. Omissioni giustificate dalla natura prettamente liquidatoria del nuovo concordato per cui non rileva lo scioglimento della società e dalla sua estrema semplificazione, che non richiede una regolamentazione dei contratti pendenti.

continuità, come lascia intendere il già citato art. 25- *septies* quando disciplina la cessione dell'azienda o di ramo della stessa già prima dell'omologa, ma la continuazione dell'impresa è un dato eventuale, per nulla valorizzato dal nuovo legislatore, anche quando sia già in corso un affitto di azienda finalizzato al trasferimento della stessa.

C-Assenza di votazione

Il fatto che l'imprenditore che intende accedere al concordato semplificato debba chiedere al tribunale non l'ammissione alla procedura, bensì direttamente l'omologazione, fa capire che la proposta del debitore non è soggetta all'approvazione dei creditori, che dovrebbe manifestarsi attraverso il voto nella fase antecedente al giudizio di omologazione, come è confermato dalla mancanza di qualsiasi previsione sulla votazione e sulle maggioranze nonché dal mancato richiamo della relativa disciplina dettata per gli ordinari concordati.

Il concordato coatto non costituisce una novità assoluta in quanto è previsto in materia bancaria (art. 93 t.u.b.) ed assicurativa (art. 262 codice assicurazioni), nella liquidazione coatta amministrativa (art. 314 CCII), nell'amministrazione straordinaria (art. 78 l. 270/1999) e nel caso del piano del consumatore in tema di sovraindebitamento (artt. 67 e segg. CCII, ma ciascuna di queste fattispecie presenta una giustificazione.

La mancanza del voto nel piano del consumatore si spiega agevolmente con le prevedibili ridotte dimensioni della crisi rapportata ad "una persona fisica che non abbia svolto attività imprenditoriale, commerciale, artigiana o professionale", per cui i creditori "al cospetto di un dissesto di piccolo cabotaggio, difficilmente rivelerebbero un interesse traducibile in una partecipazione attiva, tanto che qualora quell'interesse in concreto affiorasse rischierebbe di collegarsi a motivi (o risentimenti) originati da un microcosmo di rapporti di natura personale, più che alla necessità di apprezzare la convenienza in sé della proposta"¹²; ed infatti, la votazione dei creditori è ripresa nel concordato minore (art. 79 CCII). Nelle altre ipotesi di concordato coatto, la mancanza del voto è giustificata dalla natura degli interessi pubblicistici perseguiti, che prevalgono su quelli del ceto creditorio, nonché dalla necessità dall'intervento o dell'autorizzazione alla presentazione del concordato da parte

¹² S. Leuzzi, *Attualità e prospettive del piano del consumatore sovraindebitato*, in *Diritto della Crisi*, 21 luglio 2021.

dell'Autorità amministrativa che vigila sulla procedura¹³ e, si tratta, comunque, di concordati che intervengono nel corso delle indicate procedure, ove il debitore ha già perduto la disponibilità del suo patrimonio, nel mentre il debitore che accede al concordato semplificato è *in bonis* e tenta, con tale strumento il cui contenuto è libero di definire in piena autonomia, di evitare la dichiarazione di insolvenza, così come potrebbe fare richiedendo l'ammissione ad un concordato liquidatorio ordinario.

Nel concordato semplificato, cioè, è assente la tutela di un interesse pubblicistico dal momento che, come detto, questa nuova figura incarna il modello classico del concordato liquidatorio, ove la cessione unitaria dell'azienda è prospettata solo come una delle possibilità liquidatorie (neanche posta in via preferenziale sulle vendite particellizzate, come invece dispone il primo comma dell'art. 214 per la liquidazione nella procedura maggiore), per cui non si vede perché, in una situazione del genere, non sia data ai creditori la possibilità di esprimersi su una questione che riguarda principalmente i loro diritti e, in particolare, di fare essi quella fondamentale valutazione di convenienza se aderire alla proposta o preferire l'apertura della liquidazione giudiziale, invece che attribuire al tribunale l'inedito ruolo di custode degli interessi economici dell'intero ceto creditorio¹⁴, al punto da lasciare a tale organo il controllo anche della fattibilità economica del piano. Ed è appena il caso di ricordare che, anche nei concordati con continuità aziendale diretta o indiretta, caratterizzati, sicuramente più di un concordato liquidatorio, dal mantenimento dell'azienda in esercizio e dalla salvaguardia dell'impresa e dei posti di lavoro, la scelta tra la soluzione concordataria e quella liquidatoria giudiziale è rimessa al consenso dei creditori, ciascuno dei quali esprime il proprio voto in base alla valutazione sulla convenienza in punto di tempi, misura e probabilità di soddisfazione delle rispettive ragioni; il concordato, pertanto, arriva alla fase dell'omologa solo se raggiunge le maggioranze di legge, alle quali- come in ogni delibera di una comunità, volontaria o involontaria- deve sottostare la minoranza, che mantiene ancora il diritto di proporre opposizione.

¹³ Nelle l.c.a. delle banche e delle assicurazioni il piano è predisposto direttamente dai commissari liquidatori, nelle altre l.c.a. e amministrazione straordinaria è autorizzato preventivamente dall'autorità di vigilanza.

¹⁴ P.F. Censoni, *Il concordato semplificato...*, cit. 3, adombra che il depotenziamento del ruolo dei creditori sia dovuto ad un intento punitivo del legislatore per non aver essi trovato prima un accordo con il debitore nell'ambito della composizione negoziata della crisi secondo una delle modalità elencate nell'art. 11.

Nel concordato semplificato è prevista soltanto l'opposizione e la perdita del diritto di voto non è compensata dal fatto che la contestazione sulla convenienza sia stata attribuita a ciascun creditore e non riservata esclusivamente al creditore appartenente ad una classe dissenziente ovvero, nell'ipotesi di mancata formazione delle classi, ai creditori dissenzienti che rappresentano il venti per cento dei crediti ammessi al voto, come invece prevede il quinto comma dell'art. 112. È chiaro, infatti, che la possibilità di proporre opposizione è ben poca cosa rispetto alla privazione del diritto di voto, se si pensa che il creditore, invece di poter esprimere liberamente e gratuitamente il proprio parere con la possibilità (più limitata nel nuovo sistema che non prevede una adunanza) di convincere anche altri sulle proprie posizioni, deve munirsi di un difensore per costituirsi nel giudizio di omologa per far sentire la propria voce, ove, peraltro, l'opposizione assume una rilevanza del tutto marginale in quanto il campo di indagine affidato d'ufficio al tribunale dal comma quinto dell'art. 25-sexies assorbe tutti i controlli che i creditori potrebbero sollecitare¹⁵. Eliminata la votazione, senza che alcun interesse di natura pubblicistica superiore giustificasse un tale sacrificio, e mancando la evidenziazione del dissenso, non si poteva più fare riferimento ai dissenzienti, per cui ammettere l'opposizione individuale è il minimo che si potesse prevedere per garantire, almeno indirettamente, il diritto di difesa costituzionalmente tutelato, ma rimane il fatto che i creditori non possono impedire che la proposta concordataria arrivi all'omologa, che già di per sé comporta una compromissione del diritto di difesa¹⁶.

Non persuade, inoltre, la spiegazione fornita nella Relazione al d.l. n. 118/2021¹⁷, e cioè che questo forte ridimensionamento del ruolo dei creditori trova una giustificazione nel fatto che il concordato semplificato costituisce uno sbocco della negoziazione precedente, nella quale i creditori sono stati già

¹⁵ In tal senso, G. Fichera, *Sul nuovo concordato semplificato...*, cit., 15.

¹⁶ *Contra*, S. Leuzzi, *Analisi differenziale...*, cit., 15, per il quale la mancanza del voto nel concordato semplificato non comporta alcuna radicale compromissione del diritto di difesa e che, anzi, questo sarebbe addirittura potenzialmente accresciuto e rafforzato in quanto ciascun creditore si può rivolgere liberamente al tribunale, opponendosi all'omologa e deducendo suo tramite tutta la gamma delle contestazioni possibili.

¹⁷ Si afferma nella Relazione che "Sono omesse la fase di ammissione e la fase del voto dei creditori sul presupposto che la situazione patrimoniale e finanziaria dell'impresa e la non percorribilità di altre soluzioni sia stata esaminata dall'esperto indipendente e rappresentata nella relazione finale che chiude la composizione negoziata e sull'ulteriore presupposto che i creditori siano stati interessati ed informati nel corso delle trattative". Concetto ripreso da Trib. Firenze 31 agosto 2022, in *Diritto della Crisi*.

coinvolti, sia perché non è indispensabile il coinvolgimento di tutti i creditori nella fase stragiudiziale ove, ”anzi, la selettività è uno dei tratti che caratterizzano lo strumento negoziale”¹⁸, per cui manca qualsiasi garanzia che siano stati sentiti tutti¹⁹, sia perché nell’ambito della composizione negoziata l’ottica in cui le trattative si sono svolte era quella di trovare soluzioni praticabili per prevenire la crisi o per raggiungere il risanamento aziendale, nel mentre nel concordato semplificato- che presuppone il fallimento delle precedenti trattative- l’ottica è prettamente liquidatoria, per cui sarebbe quanto mai opportuno appurare come la diversità di opinioni già eventualmente raccolte sulle prospettive risanatorie dell’impresa si traduce in un voto su una nuova proposta di carattere liquidatorio, completamente diversa dalle precedenti eventualmente formulate.

Né, infine, l’abolizione del voto trova una giustificazione nella celerità cui è improntata la nuova procedura perché, a questo fine, sarebbe bastato abolire l’adunanza, e non il voto, come è sempre stato nel concordato fallimentare ed ora in quello giudiziale e come prevede il nuovo CCII anche per il concordato preventivo, dando così ai creditori la possibilità di esprimersi su una questione che riguarda direttamente i loro diritti ed interessi .e, principalmente, di fare essi quella fondamentale valutazione di convenienza se aderire alla proposta o preferire la dichiarazione di fallimento, invece che rimetterla soltanto al tribunale.

D-La flessibilità del contenuto della domanda

Avendo la legge qualificato la nuova figura in esame quale concordato per la liquidazione del patrimonio, il contenuto della domanda di omologazione di tale tipo di concordato è quello tipico di un concordato con cessione dei beni, che, come è noto, nonostante la libertà data al debitore dalla riforma degli anni 2005-2007 di ristrutturare i debiti e soddisfare i creditori “attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni”, che ha attribuito al concordato con cessione una profonda atipicità, segue nella prassi prevalentemente il modello che si sostanzia nella messa a disposizione dei creditori dei beni costituenti il patrimonio del debitore, con trasferimento dei soli poteri gestionali e dispositivi

¹⁸ I. Pagni- M. Fabiani, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, in *dittodellacrisi.it*, 2 novembre 2021, 10.

¹⁹ F. Lamanna, *Nuove misure sulla crisi d’impresa del D.L. 118/2021: Penelope disfa il Codice della crisi recitando il "de profundis" per il sistema dell'allerta*, in *ilfallimentarista.it*, 25 agosto 2021

finalizzati alla liquidazione dei beni, nella loro interezza o particellizzati, e al riparto del ricavato nell'interesse dei creditori.

Il concordato semplificato può avere la stessa struttura, ma ingloba anche la figura di una proposta c.d. chiusa, che contenga la predeterminazione delle modalità della liquidazione, del o degli acquirenti, il prezzo di vendita ecc., preceduta, come spesso avviene, da contratto di affitto di azienda con diritto di prelazione; questa fattispecie è normalmente ascrivibile al concordato con continuità indiretta, ma può rientrare nel concordato semplificato in quanto, come già detto, l'ottica in cui si muove questa procedura è solo ed esclusivamente liquidatoria, per cui anche la vendita unitaria dell'azienda o di rami della stessa non è considerata sotto il profilo del risanamento dell'impresa, finalità ormai già accantonata a causa dell'esito infruttuoso delle trattative, ma è vista solo come occasione di una più proficua liquidazione. Inoltre alla proposta di cessione dei beni possono accompagnarsi delle garanzie, dal momento che il parere dell'esperto ha ad oggetto anche le garanzie offerte e viene prospettata²⁰ anche la presenza di un assuntore che si ponga come cessionario dei beni.

E la stessa platea dei soggetti che possono usufruire del concordato semplificato è più ampia di quella che può accedere al concordato preventivo, essendo quest'ultimo riservato ai soli imprenditori commerciali (non quelli agricoli) che non siano sotto soglia²¹, nel mentre la nuova procedura è riservata a qualsiasi debitore che svolga attività d'impresa, iscritto nel registro delle imprese, posto che, non potendo la nuova figura essere utilizzata in via autonoma e immediata ma solo quale sviluppo della composizione negoziata non riuscita, deve essere ritenere, nel silenzio dell'art. 25-sexies (che parla genericamente di imprenditore), che al concordato semplificato possano fare ricorso, dal punto di vista soggettivo, solo e tutti coloro che possono chiedere la nomina dell'esperto per la composizione negoziata, ossia qualsiasi imprenditore

²⁰ P.F. Censoni, , *Il concordato semplificato...*, cit., 13; ma è lecito più di qualche dubbio perché si snaturerebbe, in tal caso, la natura liquidatoria del concordato.

²¹ Questo dato si ricostruisce attraverso un percorso non agevole e molto più complicato di quello di cui all'art. 1 l. fall., che parte dalla previsione del primo comma dell'art. 84, che attribuisce la legittimazione alla proposizione della domanda di concordato all'"imprenditore di cui all'articolo 121, che si trova in stato di crisi o di insolvenza"; passa per la lettura dell'art. 121, per il quale "Le disposizioni sulla liquidazione giudiziale si applicano agli imprenditori commerciali che non dimostrino il possesso congiunto dei requisiti di cui all'articolo 2, comma 1, lettera d), e che siano in stato di insolvenza , per finire infine in quest'ultima disposizione che detta le soglie al di sotto delle quali l'impresa è da considerare minore, per le quali è previsto l'accesso alle procedura da sovraindebitamento.

commerciale o agricolo, soggetto a liquidazione giudiziale o ad amministrazione straordinaria o alle procedure di sovraindebitamento, non essendo previsti limiti dimensionali, né verso l'alto né verso il basso.

La mancanza di qualsiasi indicazione circa il contenuto della domanda o del piano di liquidazione, nonché la mancanza del voto dei creditori, rendono condivisibile la soluzione di chi sostiene che, quale che sia la risposta che si preferisca con riferimento al concordato preventivo ordinario, nel semplificato non è consentita la cessione parziale dei beni ai creditori, posto che “nel concordato preventivo sono i creditori a votare ed a decidere anche sulla possibile conservazione di parte del patrimonio in capo al debitore, mentre nel concordato semplificato i creditori non votano, così che non vi sarebbe giustificazione, o meglio legittimazione, rispetto ad una cessione solo parziale dei beni”²².

A differenza del concordato liquidatorio ordinario, per quello in esame non è indicata alcuna soglia minima di soddisfazione dei creditori chirografari quale presupposto di ammissibilità né si accenna all'apporto di risorse esterne, che sono gli elementi che caratterizzano il concordato ordinario con liquidazione del patrimonio, nel quale, come dispone l'art. 84, co. 4, “la proposta prevede (nel senso di deve prevedere) un apporto di risorse esterne che incrementi di almeno il 10 per cento l'attivo disponibile al momento della presentazione della domanda e assicuri il soddisfacimento dei creditori chirografari e dei creditori privilegiati degradati per incapienza in misura non inferiore al 20 per cento del loro ammontare complessivo”; negli artt. 25-*sexies* e 25-*septies* non vi è alcun richiamo al quarto comma dell'art. 84²³, anzi tale norma è completamente ignorata, per cui nel concordato semplificato è inesistente l'obbligo di assicurare ai creditori chirografari il pagamento del 20% minimo e di apportare risorse esterne tali da incrementare di almeno il 10 per cento l'attivo disponibile.

Il contenuto della proposta del concordato in esame è improntato, quindi, alla massima flessibilità, in cui gli unici criteri da seguire sembrano essere quelli che individuano l'oggetto del giudizio di omologazione e, quindi, rispettare l'ordine delle cause di prelazione in applicazione della regola della priorità assoluta, proporre un piano che possa superare il vaglio della fattibilità giuridica ed economica in forza del quale i creditori non vengano a percepire meno di quanto

²² G. D'Attorre, *Il concordato semplificato...*, cit. 1611; S. Leuzzi, *Analisi differenziale...*, cit; 2.

²³ Sulle vicende di questa previsione, cfr. M. Campobasso, *Il concordato liquidatorio semplificato...* cit., 112 e segg..

potrebbero ottenere in caso di apertura della liquidazione giudiziale e prospettare le utilità, non necessariamente in denaro, per ciascun creditore.

Ne discende che ai creditori chirografari potrebbe essere promessa anche una soddisfazione irrisoria, che comunque supererebbe la critica della inidoneità di una tale percentuale a concretare la ricorrenza della causa del concordato nella singola proposta, come si diceva prima della fissazione della soglia minima nel 2015²⁴, o che una proposta irrisoria sarebbe una proposta priva di causa²⁵ perché, come acutamente obiettato²⁶, “quando si è postulato che la causa del concordato è la regolazione della crisi e non il soddisfacimento dei creditori, si è implicitamente negato che una proposta irrisoria sia inammissibile perché priva di causa”. Ed, infatti, la Cassazione, con riferimento all’epoca in cui non ancora esisteva un limite minimo di soddisfazione dei creditori chirografari, sebbene un soddisfacimento a costoro dovesse essere dato in base alle previsioni dell’art. 160 l. fall., ha chiarito che “la causa concreta della procedura di concordato preventivo, da intendersi come obiettivo specifico perseguito dal procedimento, non ha un contenuto fisso e predeterminabile, essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, pur se inserita nel generale quadro di riferimento finalizzato al superamento della situazione di crisi dell’imprenditore e, nel contempo, all’assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori. In questa prospettiva interpretativa non è possibile individuare una percentuale fissa minima al di sotto della quale la proposta concordataria possa ritenersi - secondo la disciplina applicabile *ratione temporis* -, di per sè, inadatta a perseguire la causa concreta a cui la procedura è volta”²⁷.

²⁴ Trib. Bergamo 4 dicembre 2014, in *Giur. comm.*, 2015, II, 832; Trib. Modena 3 settembre 2014, in *Giur. comm.*, 2015, II, 832; Trib. Padova 6 marzo 2014, in *Giur. comm.*, 2015, II, 832; Trib. Roma 16 aprile 2008, in *Dir. fall.*, 2008, II, 551.

²⁵ F. Macario, *Nuovo concordato preventivo e (antiche) tecniche di controllo degli atti di autonomia: l’inammissibilità della proposta per mancanza di causa*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, II, 732.

²⁶ M. Fabiani, *Concordato preventivo*, Bologna, 2014, 49; ID, *I nuovi vincoli alla proposta di concordato preventivo visti dal prisma di una “lettura difensiva*, in *Fallimento*, 2016, 574, e specifico, 578.

²⁷ Cass. 8 febbraio 2019, n. 3863. Anche Cass. sez. un. 23 gennaio 2013, n. 1521, *cit.*, ribadisce che la causa concreta del concordato, “da intendersi come obiettivo specifico perseguito dal procedimento, non ha contenuto fisso e predeterminabile, essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, pur se inserita nel generale quadro di riferimento finalizzato al superamento della situazione di crisi dell’imprenditore, da un lato, e all’assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori, da un altro”.

In un sistema del genere giustamente nel d.l. n. 118 del 2021 non era contemplata la facoltà per il debitore di dividere i creditori in classi, ma poi nel comma primo dell'art. 18, la legge di conversione ha introdotto la previsione che "La proposta può prevedere la suddivisione dei creditori in classi", e la medesima previsione è stata mantenuta nell'art. 25-*sexies*, senza aggiungere altro, né che la classazione va fatta secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei, né l'indicazione dei criteri adottati per la formazione delle classi, né che debbono essere riservati trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse, come previsto dal primo comma dell'art. 85, né sulla facoltatività o obbligatorietà della classazione, di cui tratta l'art. 85²⁸, e senza neanche una disposizione in ordine al controllo del giudice.

La previsione della classazione non è stata, a mio avviso, una scelta felice, se la si collega all'abolizione dei limiti di cui all'art. 84 e del diritto di voto. In questo contesto, infatti, l'aver concesso al debitore di dividere i creditori in classi, consente a costui l'ulteriore libertà di selezionare i creditori che intende privilegiare, inserendoli in determinate classi, con sacrificio di altri, accentuando il rischio di manovre poco trasparenti, tanto più possibili mancando il controllo dei creditori attraverso la votazione. Questa ulteriore libertà concessa al debitore accentua, altresì, la forza persuasiva che la prospettiva del concordato semplificato assume nel corso delle trattative per la composizione negoziata in quanto i creditori sanno che, all'esito negativo delle stesse, l'imprenditore potrà liberarsi delle sue obbligazioni con un concordato liquidatorio improntato alla massima flessibilità, cui si aggiunge l'ulteriore rischio di subire, attraverso la formazione delle classi, un trattamento differenziato, eventualmente punitivo per chi si è opposto ad una soluzione negoziata, rispetto ad altri che si trovano nella stessa posizione giuridica.

E-Assenza dell'obbligo della competitività nella liquidazione dei beni

La disciplina della nuova figura concordataria dà un duro colpo alla competitività giacché, "quando il piano di liquidazione di cui all'articolo 25-*sexies* comprende un'offerta da parte di un soggetto individuato avente ad

²⁸ Il silenzio assoluto in ordine alla facoltatività o obbligatorietà della classazione, induce ad optare per la facoltatività, essendo questa la regola fissata dal primo comma dell'art. 85, secondo cui "Il piano può prevedere la suddivisione dei creditori in classi con trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse", per poi fissare la obbligatorietà della classazione nei concordati in continuità (comma terzo) e la obbligatorietà solo per alcuni negli altri tipi di concordato (comma secondo). Conf. G. D'Attorre, *Il concordato semplificato*, cit. 1610 con riferimento all'art. 18 d.l. n. 118/2021."

oggetto il trasferimento in suo favore dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni", l'art. 25-*septies*, invece di prevedere l'apertura di un procedimento competitivo, come prescrive l'art. 91, dispone che l'ausiliario autorizzato dal tribunale e, dopo l'omologa, il liquidatore giudiziale (senza autorizzazione del tribunale), possono procedere alla vendita dall'azienda o di singoli beni "verificata l'assenza di soluzioni migliori sul mercato".

È chiaro che la verifica dell'assenza di migliori condizioni sul mercato, che può essere constatata attraverso qualsiasi mezzo, è cosa ben diversa dall'apertura di una procedura competitiva con le forme di cui all'art. 91; peraltro, le modalità del procedimento competitivo esposte da tale norma, con le connesse forme di pubblicità, il meccanismo per la scelta dell'offerta migliore e la possibilità di una gara tra più offerte migliorative sono chiaramente incompatibili con la semplificazione del rito del nuovo strumento concordatario nel periodo che precede l'omologa, ove l'unica garanzia è offerta dall'autorizzazione del tribunale che, tuttavia, come si vedrà meglio in prosieguo, non gode in questa fase di particolari poteri di indagini e, quindi, il vero arbitro diventa l'ausiliario che esprime il giudizio sulla mancanza di soluzioni migliori sul mercato.

Nel Decreto dirigenziale del 28 settembre 2021, n. 23094, al punto 12 della Sez. III rubricato "Cessione dell'azienda nella composizione negoziata o nell'ambito del concordato semplificato (nella fase tra la domanda e l'omologa)", è contenuta una serie di indicazioni all'esperto, tra cui l'utilità e l'opportunità del ricorso a procedure competitive per la selezione dell'acquirente, ma non viene mai citato l'ausiliario, che è l'organo del concordato semplificato nella fase tra la domanda e l'omologa; né è possibile estendere automaticamente all'ausiliario questi "consigli" dati all'esperto per la diversità delle procedure in cui essi operano e la diversità delle finalità della cessione aziendale. Nella composizione negoziata, infatti, la cessione dell'azienda è configurata come uno strumento di soluzione della crisi, in cui il tribunale interviene per verificare che si tratti di atto funzionale ad assicurare la continuità aziendale e la migliore soddisfazione dei creditori ed è questa premessa che giustifica l'operare del principio di competitività e l'esclusione della responsabilità dell'acquirente per i debiti anteriori inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta²⁹. Nel concordato semplificato la cessione dell'azienda

²⁹ "Se l'imprenditore vuole trasferire l'azienda o suoi rami senza apertura al mercato e senza competitività, può procedere autonomamente ai sensi dell'art. 9 d.l. 118/2021; se, invece, vuole che il trasferimento avvenga senza la responsabilità solidale dell'acquirente rispetto ai debiti anteriori e con salvezza degli effetti indipendentemente dall'esito della composizione negoziata,

nella sua interezza (o di rami della stessa) è uno dei modi di liquidazione del patrimonio messo a disposizione dei creditori, preferibile alla vendita particellizzata in quanto presumibilmente più proficua per i creditori; ma è una vendita coattiva- come fa intendere l'inequivoco richiamo degli artt. da 2919 a 2929 c.c.- per la quale è dettata l'apposita previsione che all'offerta può essere data esecuzione "verificata l'assenza di soluzioni migliori sul mercato" che, per la sua specificità, prevale sulla norma generale, oltre ad essere incompatibile con il ricorso alla competitività.

Dopo l'omologa la competitività potrebbe trovare spazio in quanto la vendita dei beni formanti oggetto della cessione "si realizza in un contesto proceduralizzato dai dettami del concordato omologato, attraverso atti che il medesimo debitore non sarebbe più ormai libero di non compiere, per finalità soddisfattorie dei creditori del tutto analoghe a quelle della procedura esecutiva fallimentare ed in un ambito di controlli pubblici del pari destinati a garantire il raggiungimento di tale finalità"³⁰. Il fatto tuttavia che il liquidatore operi in un contesto procedurale per il perseguimento di finalità che, come nella liquidazione fallimentare, coinvolgono l'intera massa dei creditori nel rispetto di quelle regole che l'art. 114 richiama, evapora nel concordato semplificato in cui il liquidatore, senza bisogno di autorizzazione del tribunale, senza procedure competitive, può liquidare il patrimonio del debitore concordatario, "verificata l'assenza di soluzioni migliori sul mercato", che, si ripete, è norma specifica della fattispecie che prevale su quelle di carattere generale.

A tanto è da aggiungere che in tema di concordato liquidatorio ordinario la S. Corte è ormai concorde nell'affermare che il potere di nomina del liquidatore da parte del tribunale è vincolato alla designazione fatta dal debitore, a condizione che essa sia rispettosa dei requisiti previsti dall'art. 28 l.fall. e che il decreto con il quale il tribunale in sede di omologazione provvede alla nomina di un liquidatore giudiziale diverso da quello indicato nella proposta approvata, è impugnabile per cassazione a norma dell'art. 111, comma 7, Cost.³¹; ne segue che anche nel concordato semplificato il richiamo dell'art. 114 fa sì che l'indicazione del debitore rivesta i tratti e la portata della designazione

trova piena applicazione il principio della competitività, posto a tutela anzitutto dell'interesse dei creditori anteriori". Così G. D'Attorre, *Il trasferimento dell'azienda nella composizione negoziata*, in *dirittodellacrisi*, 5 novembre 2021..

³⁰ Cass. sez. un. 16 luglio 2008, n. 19506, in *Foro it.* 2008, 11, I, 3149; *Fallimento* 2008, 1394;.

³¹ Da ult. Cass. 29 luglio 2021, n. 21815; Cass., 18 gennaio 2013, n. 1237 in *Ifallimentarista.it*, 22 aprile 2013; Cass., 15 luglio 2011, n. 15699.

vincolante, sempre che il soggetto designato abbia le caratteristiche per svolgere questo incarico³² e che le "modalità di liquidazione dei beni debbono essere stabilite dal tribunale, col provvedimento di omologazione del concordato, soltanto se non siano già previste nel concordato medesimo"³³. L'art. 114 prevede anche la nomina di un "comitato di tre o cinque creditori per assistere alla liquidazione", ma la presenza di tale organo nel concordato semplificato è completamente svilita, al punto da far dubitare della necessità della sua nomina, in quanto le modalità delle vendite "di aziende e rami di aziende, beni immobili e altri beni iscritti in pubblici registri, nonché le cessioni di attività e passività dell'azienda e di beni o rapporti giuridici individuali in blocco", per le quali l'art. 114 richiede l'autorizzazione del comitato dei creditori, si svolgono, nel concordato semplificato, secondo le modalità descritte dall'art.25-*septies*, che non richiedono l'autorizzazione del giudice delegato né del tribunale, e rendono incompatibile l'applicazione dell'art. 216, con il suo precetto cardine di attuare le vendite tramite procedure competitive.

In sostanza il liquidatore, eventualmente indicato dallo stesso debitore che ha presentato un piano liquidatorio che già contiene una proposta di acquisto di azienda o di un ramo della stessa, può accettare e dare esecuzione alla stessa verificata l'assenza di soluzioni migliori sul mercato, con l'unico controllo del tribunale effettuato in sede di omologa quando ha ritenuto quella proposta non era pregiudizievole per i creditori.

3. La fase dell'ammissione. Poteri del giudice

Come già si è detto e come emerge chiaro dal secondo comma dell'art. 25-*sexies*, l'imprenditore che intende accedere al concordato semplificato non è tenuto a presentare al tribunale competente una domanda di ammissione alla procedura, come invece richiede l'art. 40, ma a questo chiede direttamente

³² E' vero che in questa nuova figura di concordato la proposta con l'indicazione del liquidatore non è sottoposta al voto dei creditori, per cui la vincolatività dell'indicazione per il tribunale sull'argomento non può essere fondata sull'argomento che i creditori, attraverso il voto favorevole sulla proposta, avrebbero implicitamente accettato anche l'indicazione del liquidatore, ma, come la giurisprudenza appena richiamata ha precisato, la vincolatività discende non dal voto dei creditori, bensì dall'ampia formula del primo comma dell'art. 182 l. fall., che "depone chiaramente, in effetti, nel senso di assegnare alla proposta concordataria anche la facoltà di scegliere la persona (o le persone) del liquidatore giudiziale",... da cui segue che "l'indicazione del debitore viene a rivestire i tratti e la portata della designazione vincolante: ove peraltro rimanga rispettosa, s'intende, dei già richiamati requisiti di professionalità e di indipendenza che sono prescritti dalla legge fallimentare".

³³ Cass. sez. un. 16 luglio 2008, n. 19506, *cit.*.

l'omologa del concordato, sulla base della proposta e del piano liquidatorio presentati.

Manca, quindi, nel concordato semplificato quella fase della valutazione dell'ammissibilità del concordato preventivo di cui all'art. 47- che regola espressamente (al comma 1, lett. a) l'attività del tribunale al momento dell'esame di una domanda di concordato liquidatorio- e tale norma, non richiamata, non è suscettibile di applicazione analogica alla nuova fattispecie sia per le già evidenziate differenze tra concordato liquidatorio ordinario e quello semplificato, sia per la mancata previsione in quest'ultimo di un giudizio di ammissibilità chiedendo il debitore direttamente l'omologa, sia perché, comunque, il legislatore non ha serbato il silenzio sul punto ammissione, ma ha disciplinato la fase iniziale della procedura con una autonoma normativa che riprende quella del concordato fallimentare (che, ora, espunto il lemma "fallimento" dal nuovo codice, potremmo chiamare concordato giudiziale in quanto interviene nel corso della liquidazione giudiziale).

A norma dei commi 3 e 4 dell'art. 25-*sexies*, infatti, il tribunale "valutata la ritualità della proposta, acquisiti la relazione finale di cui al comma 1 e il parere dell'esperto con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie offerte, nomina un ausiliario ai sensi dell'articolo 68 del codice di procedura civile..."; con il medesimo decreto "ordina che la proposta, unitamente al parere dell'ausiliario e alla relazione finale e al parere dell'esperto, venga comunicata a cura del debitore ai creditori risultanti dall'elenco depositato ai sensi dell'articolo 39, ove possibile a mezzo posta elettronica certificata o, in mancanza, a mezzo di raccomandata con avviso di ricevimento, specificando dove possono essere reperiti i dati per la sua valutazione e fissa l'udienza per l'omologazione" indicando il termine entro cui tale udienza va fissata³⁴.

Si tratta, come si vede, dell'adattamento alla fattispecie del secondo comma dell'art. 241 (che riprende l'art. 125 l. fall.), in forza del quale il giudice delegato alla liquidazione giudiziale, ricevuta la domanda di concordato, chiede "il parere del curatore, con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione

³⁴ Questa comunicazione dove reperire i dati per la valutazione, più che esprimere l'obbligo per il proponente di creare una *data room* a disposizione dei creditori al fine di consentire loro l'esercizio informato del diritto di opposizione, come prospettato da S. Morri. *Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio*, in *ilfallimentarista.it*, 24 agosto 2021, e auspicato da M. Campobasso, *Il concordato liquidatorio semplificato ...*, cit., 118, n. 8., sembra un ulteriore schiaffo ai creditori, ai quali il debitore non deve comunicare tutti i dati per la loro valutazione- benchè manchi una relazione dell'ausiliario paragonabile a quella del commissario giudiziale- ma solo indicare dove essi possono reperirli.

ed alle garanzie offerte” e “acquisito il parere favorevole del comitato dei creditori, valutata la ritualità della proposta, ordina che la stessa, unitamente al parere del comitato dei creditori e del curatore, venga comunicata a cura di quest'ultimo ai creditori...” (nell’art. 25-*sexies* manca ovviamente la parte relativa alla votazione e all’esame di più proposte non essendo prevista la votazione né ammissibili proposte concorrenti nel concordato semplificato).

In sostanza, sul corpo di un concordato preventivo è stata innestata la testa di un concordato giudiziale (ex concordato fallimentare) e la creazione di questo ircocervo non è stata, a mio parere, una soluzione felice. Invero, il concordato giudiziario si inserisce in una procedura di liquidazione giudiziale della quale costituisce una modalità di chiusura, nel mentre il concordato semplificato non si innesta in una procedura concorsuale pendente, ma segue la fase stragiudiziale di composizione negoziata quando questa è cessata senza esito positivo e propone ai creditori una soluzione concordataria che passa attraverso la liquidazione dei beni, in alternativa proprio ad un concordato preventivo liquidatorio oppure all’apertura di una liquidazione giudiziale, che si intende evitare con la proposta di concordato preventivo, sia esso semplificato o non. Inoltre l’esperto che ha svolto attività di mediazione nella fase pregressa non è minimamente paragonabile al curatore della liquidazione giudiziale in atto, che ha “gestito” la procedura fino al momento della domanda concordataria e, di conseguenza, ben diversa è la valenza del parere che questi due organi possono dare sui presumibili risultati della liquidazione. Ben diversa è anche la posizione del giudice al quale perviene la domanda di concordato, in quanto, al di là della monocraticità o collegialità, in un caso, il giudice delegato ha seguito la procedura di liquidazione giudiziale ed ha acquistato l’intero bagaglio di conoscenze che questa ha presentato, e nell’altro il tribunale viene per la prima volta a contatto con la realtà dell’impresa al momento in cui è presentata la domanda di omologa del concordato semplificato.

Ad ogni modo, avendo il legislatore preso a modello l’art. 241, è corretto dire che nel concordato semplificato manca una fase di ammissione del tipo di quella prevista per il concordato preventivo ordinario e, pertanto, è da escludere che il tribunale possa, concedere un termine al debitore per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti, come previsto dal secondo periodo del quarto comma dell’art. 47, o che sia obbligato a sentire il debitore, neanche nel caso non intenda dar seguito alla procedura, come richiesto dal primo periodo dello stesso comma e articolo, o che debba emettere i provvedimenti elencati nel comma 2 dell’art. 47 in caso di ammissione alla procedura; di conseguenza è da escludere che il tribunale debba procedere alla nomina di un giudice delegato alla

procedura, che è figura non contemplata³⁵ o di un commissario giudiziale (l'art. 25-*sexies* prevede infatti la nomina di un ausiliario ai sensi dell'art. 68 c.p.c.) o indicare la data iniziale e finale per l'espressione del voto dei creditori, che non sono chiamati a votare, o fissare il termine per il deposito del fondo per le spese di procedura³⁶, che individuano il contenuto del provvedimento di apertura della procedura concordataria elencato nelle lett. da a) a d) del secondo comma dell'art. 47. E' da escludere, altresì, che possano essere emessi i provvedimenti cautelari di cui al primo comma dell'art. 54³⁷ in quanto detta norma- seppur dettata per gli strumenti di regolamentazione della crisi e dell'insolvenza tra i quali rientra il concordato semplificato- individua nominativamente le procedure nelle quali possono essere emessi detti provvedimenti cautelari, e, cioè "nel corso del procedimento per l'apertura della liquidazione giudiziale o della procedura di concordato preventivo o di omologazione degli accordi di ristrutturazione o del piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione"; non è richiamato il concordato semplificato proprio perché in una procedura priva della fase ammissiva, in cui il debitore chiede direttamente l'omologa del concordato, non vi è spazio per l'espressione di un potere generale di cautela, connotato da atipicità quanto ai contenuti, conservativi o anticipatori o inibitori,

³⁵ Conf. G. Fichera, *Sul nuovo concordato semplificato* ..., cit., 20, n. 11, il quale non esclude che, ai sensi dell'art. 738 c.p.c., il presidente del collegio possa designare sempre un componente quale relatore e a quest'ultimo potranno essere delegati atti di istruzione. E' appena il caso di accennare che la figura del giudice relatore, che può compiere solo gli atti demandatigli dal Collegio e deve a questi riferire per la decisione, non ha nulla a che fare con quella del giudice delegato che ha poteri propri, che gli derivano dalla legge, decisionali e di "direzione", più o meno ampi, delle varie procedure per le quali viene nominato.

³⁶ Conf. G. D'Attorre, *Il concordato semplificato* ..., cit. 1617; G. Fichera, *Sul nuovo concordato semplificato*, cit., 8.

³⁷ La lett. q) dell'art. 2 individua quali misure cautelari "i provvedimenti cautelari emessi dal giudice competente a tutela del patrimonio o dell'impresa del debitore, che appaiano secondo le circostanze più idonei ad assicurare provvisoriamente il buon esito delle trattative e degli effetti degli strumenti di regolamentazione della crisi e dell'insolvenza e delle procedure di insolvenza". Dizione che viene ripresa nel primo comma dell'art. 54, secondo cui il tribunale può emettere su istanza di parte "i provvedimenti cautelari, inclusa la nomina di un custode dell'azienda o del patrimonio, che appaiano, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente l'attuazione delle sentenze di omologazione di strumenti di regolamentazione della crisi e dell'insolvenza e di apertura delle procedure di insolvenza". In essa quindi sono comprese tutte quelle misure cautelari caratterizzate dalla strumentalità rispetto alla sentenza che dichiara l'apertura della liquidazione giudiziale o che omologa il concordato preventivo o uno degli accordi di ristrutturazione dei debiti o un piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, essendo finalizzate ad "assicurare provvisoriamente gli effetti di tali sentenze".

che la misura può assumere allo scopo di impedire l'infruttuosità o la tardività della futura sentenza.

E, non a caso, nella parte finale del comma ottavo dell'art. 25-*sexies*, nel rendere applicabile alla fattispecie l'art. 106 (corrispondente all'art. 173 l. fall.) si precisa che a tal fine “il decreto di cui al comma 4 (quello con cui il tribunale ordina che la proposta, unitamente al parere dell'ausiliario e alla relazione finale dell'esperto, venga comunicata a cura del debitore ai creditori risultanti dall'elenco depositato) equivale all'ammissione al concordato”, che offre la dimostrazione di quanto il legislatore sia conscio della mancanza di una fase di ammissione e di un provvedimento di ammissione, altrimenti non avrebbe sentito il bisogno di individuare un atto equivalente ad un provvedimento di ammissione per fissare il momento dal quale diventa applicabile l'art. 106.

Di contro, stante la derivazione della recente normativa dalla previsione dell'art. 241, e prima ancora dall'art. 125 l.fall., è alla disciplina della fase introduttiva del concordato giudiziale che bisogna fare riferimento quale supporto interpretativo³⁸; e, poichè a norma del terzo comma dell'art. 25-*sexies* il tribunale- in composizione collegiale per il disposto del n. 4 dell'art. 50-*bis*, c.p.c. - per procedere alla nomina dell'ausiliario e alla fissazione dell'udienza per l'omologazione, ossia per dar corso alla procedura, deve valutare la ritualità della proposta e acquisire la relazione finale dell'esperto (che contiene anche il suo giudizio sulla correttezza dello svolgimento delle trattative nella fase negoziale) e il parere dello stesso esperto sui presumibili risultati della liquidazione, si tratta di capire in cosa consiste la valutazione della regolarità della proposta.

³⁸ “Si può anche convenire circa il fatto che tale espressione conduca ad attribuire al tribunale, *in limine proceduræ*, un potere di indagine rigorosamente legato ai profili di legittimità della domanda del debitore, in maniera analoga a ciò che avviene per l'appunto nel concordato fallimentare, ma non va neppure trascurato che in quest'ultimo si ragiona di una proposta destinata a consentire la chiusura di una procedura di fallimento già aperta, nel D.L. n. 118/2021 la proposta è funzionale all'apertura della procedura di concordato semplificato.....”; il che “consiglia di tenere un atteggiamento diverso, di fronte ad una domanda di concordato semplificato, rispetto a quello che sarebbe sicuramente dovuto nella valutazione di una proposta di concordato fallimentare”, scrive A. Rossi, *Le condizioni di ammissibilità ... cit.*. In realtà, più che l'interprete, che si trova di fronte a norme dello stesso contenuto che regolano situazioni diverse, avrebbe dovuto essere il legislatore a tenere un atteggiamento diverso nel regolare il concordato semplificato con una disciplina diversa da quella dettata per il concordato fallimentare o giudiziale, evitando le denunciate dissonanze..

Per rispondere a questo quesito viene in aiuto la scarsa giurisprudenza³⁹ e la prevalente dottrina che si sono occupate della medesima questione nell'interpretazione dell'art. 125 l.fall. che, pur nella diversità delle espressioni utilizzate, hanno fornito un dato univoco e, cioè che “per ritualità si deve intendere un controllo di pura legittimità e cioè un controllo volto a far emergere eventuali vizi del procedimento”⁴⁰; giudizio che discende dalla accentuazione dei profili privatistici del concordato fallimentare attuata con la riforma degli anni 2005-2007, per cui è stato sottratto al giudice delegato il potere di valutare l'eventuale convenienza della proposta che viene, invece, comunicata ai creditori una volta sentiti il comitato dei creditori e il curatore”.

E, poiché nel concordato fallimentare i creditori esprimono il voto, la S. Corte⁴¹ ha potuto affermare che “Il procedimento di omologazione, poi, ha ad oggetto solamente la verifica della regolarità formale della procedura e dell'esito della votazione, salvo che il concordato preveda la suddivisione dei creditori in classi ed alcune di esse risultino dissenzienti (circostanza che qui non rileva), restando pertanto esclusa ogni valutazione sul contenuto della proposta, contrariamente a quanto previsto dal testo originario della L. Fall., art. 130, che demandava al tribunale non solo un controllo in ordine alla ritualità del procedimento ed all'osservanza degli adempimenti prescritti dalla legge, ma anche l'esame del merito della proposta, e, quindi, la valutazione della sua convenienza ed opportunità”.

La differente incidenza del giudice nel concordato semplificato rispetto a quello giudiziale o fallimentare si ha, quindi, nella fase della omologa in quanto, mancando nel primo l'espressione del voto, sono accentuati i poteri del giudice, ma nella fase iniziale, il dato testuale della norma che condensa il potere del giudice delegato nell'esame sulla ritualità della proposta-letto anche in parallelo alla originaria previsione dell'art. 125, secondo la quale il giudice, solo “se ritiene la proposta conveniente”, ne ordina la comunicazione ai creditori-

³⁹ Cass. 29 ottobre 2013, n. 24359; Trib. Milano 5 marzo 2012, in *ilcaso.it* 19 novembre 2012;

⁴⁰ M. Fabiani, *Diritto fallimentare, un profilo organico*, Torino.Bologna 2011, 574. Sempre di controllo di legittimità parlano A. Danovi- F. D'aquino, *Il concordato fallimentare in Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di A. Jorio e B. Sassani, Milano 2017, V, 153; E. Frascaroli Santi, *Il concordato fallimentare in Le riforme della legge fallimentare*, a cura di A. Didone, Torino, 2009, II, 1382; E. Norelli, *Il concordato fallimentare riformato e corretto*, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2008, 1, 27; P. Valensise, *Il procedimento di presentazione della proposta di concordato fallimentare dopo il d.lgs 169/2007*, in Demarchi (a cura di) *Il concordato fallimentare*, Bologna 2008, 91.

⁴¹ Cass. 29 ottobre 2013, n. 24359, *cit.*

ammette nella fase iniziale del concordato fallimentare un vaglio sulla proposta, ma esclude un esame che scenda nel merito della stessa, incanalando l'intervento del giudice nell'alveo della legittimità che viene, così circoscritto alla ritualità formale della proposta, che comprende tuttavia la possibilità di rilevare situazioni plateali ed evidenti di inammissibilità per chiara non fattibilità, evidente non convenienza, ecc.

Una indagine nel merito è prevista, ma nel giudizio di omologazione, in quanto il comma quinto dell'art. 25-sexies prevede, che in sede di omologazione il tribunale accerti il rispetto dell'ordine delle prelazioni, la fattibilità del piano di liquidazione e la convenienza della proposta e del piano e l'assicurazione a ciascuno della garanzia di un'utilità. Se questo è il *thema decidendum* del giudizio di omologazione in una procedura in cui il debitore chiede direttamente l'omologazione del concordato e non l'ammissione o l'apertura della procedura, non si può evidentemente anticipare al momento iniziale quel controllo riservato dalla legge ad un momento successivo.

Chi, infatti, sostiene che “il tribunale comunque potrà vagliare – già in questa fase prodromica – sia che la proposta rispetti le cause legittime di prelazione, sia che il piano di liquidazione sia fattibile” perché “sarebbe del tutto inutile nominare l'ausiliario e fissare l'udienza di omologa, quando la proposta del debitore non ha alcuna possibilità di ottenere un giudizio favorevole al termine della relativa fase di omologazione”⁴², non fa altro che anticipare nella fase di ammissione, ove il legislatore richiede al giudice solo di valutare la ritualità della proposta nella riservatezza della camera di consiglio senza alcun contraddittorio, il giudizio di omologazione; valutazione che non può che risolversi nella conformità della proposta ai requisiti prescritti dall'art. 25-sexies, vale a dire nella corrispondenza di essa allo schema legale, ossia limitarsi alla mera legittimità formale⁴³.

⁴² G. Fichera, *Sul nuovo concordato semplificato*...., 9..Posizione condivisa, pur con diverse sfumature, dall'intera dottrina che si è interessata dell'argomento sebbene si metta in evidenza la laconicità del testo normativo e le conseguenti incertezze circa la previsione di un vero e proprio giudizio di ammissione; in dissonanza M. Campobasso, *Il concordato liquidatorio semplificato*.... cit., 118, che sembra aderire alla tesi qui sostenuta quando afferma che “ Non sussiste una vera fase di ammissione al concordato, bensì il tribunale si limita a valutare la «ritualità della proposta» e ad acquisire la relazione finale dell'esperto sulla fase di composizione negoziata ed il suo parere sui presumibili risultati della liquidazione e le garanzie offerte”.

⁴³ Peraltro, uno dei motivi che ha spinto la dottrina ad estendere l'ampiezza dei poteri di valutazione del giudice delegato nel concordato fallimentare oltre il significato testuale della previsione dell'art. 125 l. fall. è costituito dalla scomparsa del monopolio in capo al fallito della

Non vi è dubbio che il rinvio alla successiva fase dell'omologa delle questioni che possono essere esaminate all'inizio comporta "attività inutili e dispendiose, senz'altro da evitare in situazioni di risorse limitate"⁴⁴, ma il fatto è che il legislatore ha statuito che il debitore chieda direttamente l'omologa del concordato semplificato, quando avrebbe ben potuto, pur escludendo la votazione, regolamentare una fase di ammissione non basata soltanto sul controllo della ritualità della proposta, e non lo ha fatto.

Né si può recuperare una tale indagine nella fase introduttiva facendo leva sull'art. 106 co. 2, nella parte in cui dispone che l'ammissione alla procedura può essere revocata quando risulta che manchino le condizioni che hanno consentito in precedenza di avviarla perchè il richiamo e la conseguente applicazione, per questa parte, dell'art. 106 al concordato semplificato presuppone che ci sia stata un provvedimento di ammissione che possa essere revocato quando le condizioni che lo reggevano siano venute meno nel corso della procedura. Orbene, se nella disciplina dell'art. 25-*sexies*, come sopra visto, non è contemplata una fase di ammissione, né un provvedimento di ammissione, dato che l'imprenditore che intende accedere alla nuova procedura chiede al tribunale direttamente l'omologa del concordato e solo in questa fase si attribuiscono al tribunale poteri di indagine nel merito, ne discende che la revoca può essere disposta per i vari motivi previsti dall'art. 106, ma non per il venir meno delle condizioni che ne avevano giustificato il provvedimento di ammissione⁴⁵. E significativo è che il nuovo legislatore nel secondo comma dell'art. 106 preveda la revoca non "se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità" (come dispone il terzo comma dell'art. 173 l. fall.) ma "in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'apertura del concordato previste agli articoli da 84 a

legittimazione attiva alla formulazione della proposta, sostenendosi che tale eventualità implica necessariamente un controllo del giudice che non può limitarsi alla legittimità formale (S. Sanzo, *Il concordato fallimentare*, in *Il nuovo diritto fallimentare, Commentario sistematico* diretto da A. Jorio e M. Fabiani, Bologna 2010, 770; E. Bertacchini, *Sub art. 125-126*, in Nigro-Sandulli (a cura di) *La riforma della legge fallimentare*, Torino 2006, 785), ma questa argomentazione non è utilizzabile nel nuovo concordato semplificato che, come già ricordato, può essere presentato esclusivamente dal debitore e non ammette proposte concorrenti.

⁴⁴ Oltre alla dottrina di cui in precedenza, in termini, Trib. Firenze 31 agosto 2022, *cit.*.

⁴⁵ S. Ambrosini, *Il concordato semplificato, cit.*, nell'elencare le ipotesi di revoca ex art. 173 l. fall., indica anche quella in cui risultino mancanti le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato, ma aggiunge "pur non essendo in realtà previsto un provvedimento di ammissione", dimostrando un chiaro scetticismo sull'applicazione al concordato semplificato di tale fattispecie.

88”, ove l’esperto richiamo della normativa sul concordato ordinario avalla l’idea che la norma di cui all’art. 106- adattata alla fattispecie in esame per la parte compatibile- non trovi applicazione, per la parte riguardante il venir meno delle condizioni di ammissibilità, nelle procedure non regolate dalla disciplina dettata dagli artt. da 84 a 88. Nel concordato semplificato, quindi, la revoca non può riguardare il decreto di cui all’art. 47- come prescrive il terzo comma dell’art. 106- bensì quel decreto di cui al quarto comma dell’art. 25-*sexies*, che il legislatore, proprio e solo ai fini dell’art. 106, ha considerato come equivalente all’ammissione (ult. parte comma ottavo art. 25-*sexies*), ma non è un provvedimento di ammissione⁴⁶, sicchè la revoca può operare al venir meno delle condizioni di emissione di detto decreto; e si ritorna così al problema iniziale di capire quale sia l’oggetto dell’indagine del giudice per l’emissione del decreto di cui al quarto comma dell’art. 25-*sexies*., da cui la irrilevanza dell’argomento basato sul richiamo dell’art. 106.

A questo punto, si crea un corto circuito perché il legislatore da un lato salta completamente la fase iniziale dell’ammissione al concordato preventivo richiedendo soltanto una valutazione della ritualità della proposta come nel concordato giudiziale, ma, dall’altro, pone delle condizioni di ammissibilità alla procedura, quali la dichiarazione sulla correttezza e buona fede del debitore nella fase delle trattative, che deve essere contenuta nella relazione finale dell’esperto, così come il parere sui presumibili risultati della liquidazione.

Essendo, infatti, i giudizi positivi dell’esperto sulla meritevolezza e sulla fattibilità e convenienza (cui implicitamente si riconnette la valutazione sui presumibili risultati della liquidazione) posti come condizioni per l’accesso alla procedura, la loro mancanza come il loro contenuto dovrebbe essere verificato nella fase iniziale in modo che il tribunale possa esprimere la sua valutazione; tuttavia un controllo in questa fase sulla fondatezza dei giudizi dati dall’esperto sulla meritevolezza, fattibilità e convenienza incontra una serie di ostacoli:

a- contrasta col dato testuale dell’art. 25-*sexies*, che richiede una verifica della ritualità della proposta e l’acquisizione della relazione dell’esperto, ove i due verbi utilizzati: valutare riferito alla ritualità della proposta e acquisire riferito alla relazione e al parere dell’esperto, sono significativi di diversi comportamenti in quanto solo il primo presuppone un giudizio (i cui limiti si

⁴⁶Altrimenti bisognerebbe dedurre che, attraverso questo richiamo dell’art. 25-*sexies* all’art. 106, il legislatore abbia introdotto un provvedimento di ammissione alla procedura di concordato semplificato, di cui non si parla in nessuna altra parte e del tutto dissonante con l’accesso alla procedura mediante una domanda diretta di omologa che richiede nella fase iniziale solo una verifica della ritualità della proposta.

sono visti), nel mentre il secondo individua un atto materiale finalizzato alla trasmissione ai creditori dei documenti acquisiti.

Significativo è anche che la norma parli di valutazione della “ritualità della proposta”, senza alcun accenno al piano e agli elementi contenutistici dello stesso, nel mentre al momento della omologa il comma quinto richiede al tribunale una verifica della “ritualità del contraddittorio e del procedimento”, quale attività preliminare per passare all’esame nel merito della fattibilità, della mancanza di pregiudizio, ecc. E tanto costituisce una ulteriore riprova che, all’atto della presentazione della proposta di concordato semplificato e della relativa domanda di omologazione, il tribunale - nella carenza di un giudizio sull’ammissione del concordato del tipo di quello previsto per il concordato preventivo e stante la rapida scansione che porta al giudizio di omologa, dove invece tale organo è chiamato a una valutazione comparativa tra proposta concordataria e liquidazione giudiziale- non debba svolgere controlli di merito sui presumibili risultati della liquidazione, né sulla meritevolezza del debitore, ma limitarsi, appunto, alla verifica della ritualità della proposta.

b-una indagine nel merito nella fase iniziale non è compatibile con la struttura organizzativa della procedura, che non prevede alcuna istruttoria che possa far emergere come si sono svolte le trattative in una fase estranea alla procedura in corso o se i risultati della liquidazione possano essere diversi da quelli ipotizzati dall’esperto; in queste condizioni una indagine del genere si sostanzierebbe in una *fictio* perché si limiterebbe ad una presa d’atto della relazione e del parere dell’esperto, che diventerebbe il depositario del potere di stabilire se un imprenditore possa o non usufruire della nuova procedura di concordato semplificato in quanto un suo giudizio negativo impedirebbe al tribunale di nominare l’ausiliario e fissare l’udienza⁴⁷.

⁴⁷ Esempio di tanto si rinviene in Trib. Firenze 31 agosto 2022, *cit.*, che ha, appunto, dichiarato la insussistenza dei presupposti per la presentazione della domanda di concordato semplificato seguendo il parere dell’esperto, senza alcuna valutazione critica, impossibilitata a svolgersi per come il procedimento è organizzato. Egualmente Fichera, *Sul nuovo concordato semplificato...., cit.*, per il quale, appunto, qualora “il suo (dell’esperto) scritto abbia censurato, sotto il profilo della correttezza e buona fede, la condotta mantenuta dall’imprenditore durante le trattative, la strada del semplificato appare irrimediabilmente preclusa, restando al debitore in stato di crisi, che intenda sottrarsi al fallimento, solo la possibilità di ricorrere al concordato preventivo tradizionale”. Né varrebbe dire che questa è la situazione in cui si trova ogni giudice rispetto ad una relazione del consulente tecnico nominato perché la consulenza viene disposta dallo stesso giudice che ha bisogno di un esperto in una determinata arte o professione che fuoriescono dal suo bagaglio culturale e professionale, nel mentre nel concordato semplificato egli si troverebbe a verificare nel merito questioni per le quali ha la competenza per farlo, qualora la struttura lo consentisse.

L'unico modo per uscire da quest'impasse è ritenere che al tribunale nella fase iniziale sia attribuito un controllo solo formale della relazione dell'esperto, teso a verificare che essa contenga il giudizio, positivo o negativo, sulla buona fede e correttezza del comportamento del debitore nella fase della composizione negoziata e che il parere includa un giudizio, qualunque ne sia l'esito, sui risultati della liquidazione; così come, del resto, è richiesto al tribunale di controllare l'attestazione del professionista indipendente nel concordato preventivo, ove, appunto, per la giurisprudenza "il controllo del tribunale nella fase di ammissibilità della proposta, ai sensi della L. Fall., artt. 162 e 163, ha per oggetto principalmente la completezza e la regolarità della documentazione allegata alla domanda, con la conseguenza che, quanto all'attestazione del professionista circa la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, il giudice si deve limitare al riscontro di quegli elementi necessari a far sì che detta relazione - inquadrabile nel tipo effettivo richiesto dal legislatore, dunque aggiornata e con la motivazione delle verifiche effettuate, della metodologia e dei criteri seguiti - possa corrispondere alla funzione, che le è propria, di fornire elementi di valutazione per i creditori"⁴⁸.

Non si può certo pretendere un controllo più incisivo proprio nel concordato semplificato, che manca di una fase di ammissione come quella regolamentata dall'art. 47, per cui appare chiaro che il tribunale, proprio perché non è tenuto nella fase iniziale a valutare nel merito la relazione e il parere dell'esperto, possa, anche in presenza di un giudizio negativo di questi, comunque disporre la nomina dell'ausiliario e fissare l'udienza di omologazione, nella quale concentrare l'accertamento anche della meritevolezza e della fattibilità, nel contraddittorio anche con il debitore, salvo che non emerga la manifesta irragionevolezza delle argomentazioni dell'esperto⁴⁹.

Peraltro lo stesso concetto di correttezza e buona fede che devono caratterizzare le trattative è quanto mai dubbio essendo ancora incerta l'ampiezza delle trattative che deve svolgere l'esperto.

Premesso che l'art. 25-*sexies*, seppur non chiarisca a quale dei protagonisti si debba riferire la valutazione della mancanza di correttezza e buona fede nel corso delle trattative, dà rilievo al solo comportamento del debitore, non potendosi far ricadere su costui il censurabile atteggiamento tenuto dagli altri

⁴⁸ In termini Cass. 18 giugno 2020, n. 11882; Cass. 14 febbraio 2011, n. 3586.

⁴⁹ Così come previsto nell'ultima versione dell'art. 47, che, ai fini del controllo di fattibilità del concordato liquidatorio ordinario il tribunale può rilevare solo la non manifesta inattitudine del piano a raggiungere gli obiettivi prefissati..

protagonisti, siano essi i creditori o l'esperto, c'è chi ritiene che “nell'ambito della valutazione di ritualità della proposta di concordato liquidatorio semplificato sotto il profilo della sussistenza della buona fede nella conduzione delle trattative nel corso della composizione negoziata e comunque nella prospettiva dell'omologazione il tribunale può invitare il proponente a chiarire se sussistano i presupposti per l'esperimento di azioni revocatorie, risarcitorie o, restitutorie nell'alternativa fallimentare nonché prescrivere che l'esperto, nel valutare il possibile esito della liquidazione, si pronunci in proposito”⁵⁰; o chi, oltre ad esservi stata una effettiva e completa interlocuzione possibilmente con tutti i creditori interessati dal piano di risanamento e, quindi, che i creditori abbiano ricevuto complete e aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'imprenditore, nonché sulle misure per il risanamento proposte, e che abbiano potuto esprimersi su di esse, aggiunge: “Non solo, ma poiché costituisce presupposto per l'accesso al concordato semplificato che non siano risultate praticabili le soluzioni individuate ai sensi dell'art. 23, commi 1 e 2, lett. b) (contratto, convenzione di moratoria, accordo con gli effetti del piano attestato, accordo di ristrutturazione dei debiti), pare necessario che le trattative si siano svolte con la sottoposizione ai creditori di una (o più) proposte con le forme di tali soluzioni, ipotesi cui soltanto il citato art. 23 c. 1 ricollega la conclusione delle trattative con l'esito (positivo) del superamento della situazione di cui all'art. 12. Infine, al fine di consentire ai creditori una partecipazione informata sembrerebbe altresì necessario fornire ai creditori una comparazione del soddisfacimento loro assicurato dalle predette soluzioni con quello che potrebbero ottenere dalla liquidazione giudiziale”⁵¹.

A parte il fatto che, come già detto, la legge non richiede il coinvolgimento di tutti i creditori nella fase stragiudiziale⁵², risponde sicuramente ai doveri di correttezza informativa del debitore rappresentare la propria situazione

⁵⁰ Trib. Ivrea 27 maggio 2022, in *ilcaso.it*, luglio 2022.

⁵¹ Trib. Firenze 31 agosto 2022 cit.

⁵² Da ult., Trib. Como 27 ottobre 2022, in *Ristrutturazioni aziendali*, per il quale “Ai fini dell'accesso al concordato semplificato non è esclusa la sussistenza del requisito della correttezza e buona fede nella conduzione delle trattative ove il debitore (*recte*, l'esperto) abbia omesso di convocare in sede di negoziazione alcune categorie di creditori, in difetto di un'ipotesi di accordo con una categoria di creditori (nella specie, i lavoratori giornalisti) che si rilevi essenziale e presupposto necessario per l'attuazione del piano di riconversione industriale posto alla base delle trattative in sede di composizione negoziata”. Concetto abbastanza ovvio se si considera la inutilità di interloquire con altri creditori dopo aver riscontrato in quelli determinanti per chiudere un accordo la mancanza di qualsiasi disponibilità.

all'esperto, ai creditori e agli altri soggetti interessati e partecipanti alle trattative in modo completo e trasparente tale da consentire a costoro di interloquire con piena cognizione di causa, così come gestire, in pendenza delle trattative, il patrimonio e l'impresa senza pregiudicare gli interessi dei creditori, giacchè questi sono i doveri codificati dall'art. 4 a carico delle parti e in parte ripresi dalla disciplina della composizione negoziata (cgr, art. 16, co. 4), nel mentre non trovano riscontro normativo gli altri comportamenti posti a carico del debitore.

Invero, il debitore che accede alla composizione negoziata prospetta (di regola) una proposta per superare le condizioni di squilibrio patrimoniale o economico finanziario in cui si trova allo scopo del risanamento dell'impresa ed è su questa proposta che si svolge l'interlocuzione con i creditori una volta aperta la fase delle trattative, sotto l'egida dell'esperto, il cui compito, a norma del secondo comma dell'art. 12, è quello di agevolare "le trattative tra l'imprenditore, i creditori ed eventuali altri soggetti interessati, al fine di individuare una soluzione per il superamento delle condizioni di cui al comma 1, anche mediante il trasferimento dell'azienda o di rami di essa". Nel corso delle trattative può trovarsi, quindi, una convergenza sulla proposta presentata da tradursi nella stipula di un accordo, oppure, a seconda di come si evolve la situazione, possono emergere, su iniziativa del debitore o dell'esperto o anche di un creditore, altre soluzioni idonee al superamento della crisi che possono portare comunque a concludere uno degli accordi di cui al primo comma dell'art. 23; di modo che l'indicazione da parte dell'esperto che il debitore non si è adoperato a presentare o a percorrere tutte le soluzioni previste dalla legge per superare la crisi non è di per sé indicativa della mancanza di correttezza o di buona fede, a meno che non sia specificato che il debitore, immotivatamente o addirittura per l'intento di danneggiare i creditori, abbia rifiutato di accedere ad altre soluzioni emerse nel corso delle trattative. In mancanza di specifiche indicazioni sulla condotta di costui, la carenza evidenziata è solo espressione della inesistenza di alternative o della incompletezza dell'attività negoziale svolta, che non può pregiudicare la presentazione della domanda di concordato semplificato non avendo nulla a che fare con la correttezza e buona fede che qualificano un aspetto comportamentale del debitore, cui sono estranei gli atteggiamenti interdittori dei creditori, come la incapacità dell'esperto ad interpretare incisivamente il suo ruolo e ogni altro fattore non riconducibile a

chi ha preso l'iniziativa della composizione negoziata e nel corso della stessa ha agito sempre lealmente⁵³.

Nessuna norma, infine, richiede che sia fornita “ai creditori una comparazione del soddisfacimento loro assicurato dalle predette soluzioni con quello che potrebbero ottenere dalla liquidazione giudiziale”, posto che questa procedura è solo una, anzi concettualmente l'ultima, delle possibilità che viene offerta al debitore in caso di insuccesso della composizione negoziata; fa parte della buona conduzione delle trattative prospettare ai creditori tutti i possibili scenari per il caso dell'esito infausto delle stesse, ivi compresa la possibilità per il debitore di ricorrere al concordato semplificato, sicchè la mancanza di una tale completa informativa non è certo addebitabile al debitore e, tanto meno è sintomo di sua mala fede o scorrettezza.

c-Nella fase iniziale del concordato semplificato non è contemplato quel contraddittorio con il debitore che assicura il quarto comma dell'art. 47, lì dove si prevede che “Il tribunale, quando accerta la mancanza delle condizioni di cui al comma 1, sentiti il debitore, i creditori che hanno proposto domanda di apertura della liquidazione giudiziale e il pubblico ministero, con decreto motivato dichiara inammissibile la proposta”, con l'ulteriore possibilità di “concedere al debitore un termine non superiore a quindici giorni per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti”.

Nella nuova procedura è stato richiamato, come più volte detto, lo schema ammissivo del concordato giudiziale e l'art. 241 richiede il parere non vincolante del curatore e quello vincolante del comitato dei creditori, ma non prevede alcun contraddittorio con chi ha presentato la domanda di concordato, sia esso il liquidato che un terzo. E se una tale situazione si può spiegare nel concordato giudiziale che si innesta in una procedura di liquidazione giudiziale in corso, in cui intervengono i vari organi preposti alla procedura prima di lasciare la parola ai creditori, non può ammettersi in una procedura preventiva, alternativa alla liquidazione giudiziale in cui il debitore stesso è nella pienezza dei suoi poteri- tant'è che, appunto, nel concordato preventivo, l'audizione del

⁵³ Tanto meno si può chiedere che sia risultata impraticabile anche la soluzione di cui alla lett. b) del comma 2 dell'art. 23 (domanda di omologazione di accordo di ristrutturazione) giacchè questa possibilità, come già sottolineato, è accordata dalla norma citata, nella sua ultima versione, all'esito dell'insuccesso delle trattative in via alternativa con lo stesso concordato semplificato, di cui, infatti, tratta la lett. c) del medesimo comma.

debitore è, come detto, contemplata espressamente prima di poter dichiarare inammissibile la proposta- ed in cui i creditori non esprimono il voto.

L'unica spiegazione che può darsi della mancanza di un obbligo di audizione del proponente il concordato semplificato è che all'organo giudiziario è stato attribuito nella fase iniziale un controllo formale esterno, in conformità alla lettura testuale della valutazione della ritualità della procedura richiesta dall'art. 25-*sexies*, altrimenti, se questo organo potesse dichiarare la inammissibilità anche a seguito di una valutazione negativa della relazione dell'esperto o di diversa opinione sul parere dello stesso, la mancata audizione del debitore attuerebbe una grave lesione del diritto di difesa, costituzionalmente garantito⁵⁴.

In conclusione, il tribunale per poter nominare l'ausiliario, disporre la comunicazione della proposta e documenti correlati ai creditori e fissare l'udienza per l'omologazione, deve valutare la correttezza del percorso relativo alla presentazione della domanda (presenza della documentazione richiesta, della relazione finale e del parere dell'esperto, che questo faccia specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie offerte e contenga il giudizio sulla correttezza e buona fede del debitore nel corso delle trattative, presentazione del ricorso nel termine di legge, competenza del tribunale adito, legittimazione del proponente, ecc.), salvo che non rilevi la sussistenza di una manifesta inammissibilità, tale che, per la sua evidenza, sicuramente escluderebbe l'omologa, con esclusione di ogni valutazione di merito della relazione finale dell'esperto, che contiene anche un giudizio sulla correttezza e buona fede del debitore durante la fase della negoziazione, e del parere sui presumibili risultati della liquidazione.

4. La fase dell'omologa. Poteri del giudice

“Il tribunale assunti i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, omologa il concordato quando, verificata la regolarità del contraddittorio e del procedimento, nonché il rispetto dell'ordine delle cause di prelazione e la fattibilità del piano di liquidazione, rileva che la proposta non arreca pregiudizio

⁵⁴ Anche chi è favorevole ad una valutazione non soltanto formale nella fase iniziale ammette l'opportunità di sentire il debitore ma riconosce che non vi è un obbligo in tal senso. Così G. Fichera, *Sul nuovo concordato semplificato...., cit.*, 10., per il quale, infatti, “se difettano in radice le condizioni per l'ammissione al semplificato, il tribunale dichiarerà senz'altro – è auspicabile dopo avere attivato un contraddittorio, anche solo cartolare, con il proponente – inammissibile il ricorso per concordato”. Tuttavia, pur non essendo precluso al tribunale di sentire il debitore, manca una norma che imponga la sua audizione; e la tutela del diritto di difesa non può essere lasciata alla sensibilità del singolo organo procedente.

ai creditori rispetto all'alternativa della liquidazione fallimentare e comunque assicura un'utilità a ciascun creditore", dispone il quinto comma dell'art. 25-*sexies*.

Da questa definizione emergono immediatamente alcune rilevanti differenze rispetto alla disciplina dell'omologazione del concordato ordinario.

a-Non essendo prevista una votazione, non vi sono dissenzienti, per cui l'opposizione può essere proposta da qualsiasi creditore (come da qualsiasi interessato) costituendosi nel termine, definito espressamente perentorio⁵⁵ dall'ult. parte del quarto comma dell'art. 25-*sexies*, di dieci giorni prima dell'udienza fissata. Nel silenzio della legge, presumibilmente, anche l'ausiliario potrà costituirsi nel giudizio di omologa per opporsi all'omologa ed assumere, come il commissario giudiziale, la veste di parte del relativo procedimento, solo in quanto provveda alla propria formale costituzione, munendosi, ex art. 82, comma 3, c.p.c., della rappresentanza tecnica⁵⁶. È pacifico che in questa fase possa intervenire il P.M., già destinatario della comunicazione del deposito del ricorso per l'omologa del concordato.

Qualsiasi opponente può anche eccepire la mancanza di convenienza, non essendo tale aspetto riservato, come nel concordato ordinario, al creditore appartenente ad una classe dissenziente ovvero, nell'ipotesi di mancata formazione delle classi, ai creditori dissenzienti che rappresentano il venti per cento dei crediti ammessi al voto, data la diversa struttura del nuovo concordato, che non prevede il voto dei creditori ma l'attribuzione al tribunale del potere sostitutivo di valutare la convenienza. Ne consegue, la esclusione della possibilità del *cram down* di cui al comma quinto dell'art. 112, che fa riferimento, appunto, a contestazioni della convenienza da parte di classi o creditori dissenzienti, che sono categorie non riproducibili in una procedura priva del voto dei creditori. Inoltre il tribunale deve comunque valutare, per omologare il concordato, che ii creditori possano risultare soddisfatti dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili e, nel momento in cui si è tolto ai creditori la libertà di esprimere il voto e per compenso si è attribuito al tribunale la valutazione della convenienza,

⁵⁵ Precisazione opportuna in quanto proprio l'omessa previsione nell'art. 180, circa la natura del termine per la costituzione delle parti nel procedimento di omologa, ha spinto la Cassazione (Cass. 16 settembre 2011, n. 18987) ad escludere la qualificazione della sua perentorietà, essendo perentori solo i termini processuali espressamente dichiarati tali dal legislatore.

⁵⁶ Cass. 16 settembre 2011, n. 18987, *cit.*.

non ha più senso il *cram down*, dovendo comunque il tribunale appurare per l'omologa che il concordato non porti pregiudizio ai creditori⁵⁷.

A maggior ragione è da escludere il *cram down* fiscale e previdenziale di cui al comma 2-*bis* dell'art. 88, perché l'art. 88, non richiamato dall'art. 25-*sexies*, è incompatibile con la struttura di una procedura che non prevede l'espressione del voto da parte dei creditori e proprio il silenzio o voto negativo costituisce motivo dell'intervento sostitutivo del giudice⁵⁸. Di conseguenza, la già accennata flessibilità, inglobata in una struttura volutamente elementare, che consente, rispettato l'ordine della graduazione delle cause di prelazione, di offrire ai creditori qualsiasi soddisfazione, salvo a valutarne la convenienza e l'utilità per i creditori, opera anche nei confronti dell'Agenzia delle entrate e degli enti previdenziali, la posizione dei quali è equiparata a quella degli altri creditori privilegiati e chirografari per i rispettivi crediti, di modo che anche i crediti fiscali e contributivi possano essere falcidiati e dilazionati, nel rispetto delle regole valevoli per tutti i creditori.

b-Non essendo stato riprodotto, né nel concordato semplificato né in quello ordinario, il modello contenuto nell'art. 180 l. fall., che disciplina differentemente il procedimento, pur sempre camerale, a seconda che vengano o meno presentate opposizioni all'omologazione, le indagini sopra indicate il tribunale deve svolgerle che siano o non proposte opposizioni; ovviamente in caso di opposizioni, assumendo il procedimento carattere contenzioso, ricorrerà la necessità di svolgere l'attività istruttoria richiesta dalle parti, per cui l'approfondimento delle questioni da trattare sarà sicuramente maggiore dovendo il tribunale dare una risposta ai rilievi mossi dagli opposenti.

La nuova norma, tuttavia, riprende (come in linea generale fa l'art. 48) la formula del comma quarto dell'art. 180 l. fall., secondo la quale, in caso di opposizioni, il tribunale assume i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti di ufficio, estendendola a tutti i procedimenti di omologazione, che siano o non presentate opposizioni, di modo che nel concordato semplificato il tribunale può sicuramente disporre mezzi istruttori d'ufficio anche in mancanza di

⁵⁷ A. Pezzano- M. Ratti, *Il concordato preventivo semplificato.... cit*, 5, ammettono la possibilità del "*cram down* in caso di opposizioni - finalmente senza alcuna limitazione quantistica - da parte di qualsiasi creditore non integralmente soddisfatto".

⁵⁸ G. Andreani, *Il concordato semplificato*, in *transazione-fiscale.it.*; S. Morri, *Il concordato semplificato... cit.*

opposizioni, superando i dubbi in proposito che nascono dalla laconica formulazione del terzo comma dell'art. 180 l. fall⁵⁹.

c-Quanto al merito della decisione, il quinto comma dell'art. 55-*sexies*, individua, come visto, il *thema decidendum*. Seguendo l'ordine segnato da tale norma, il primo compito del tribunale è controllare la regolarità del contraddittorio e dello svolgimento della procedura, che, invero, è un'attività connaturata all'omologa, che evidentemente non può essere dichiarata ove la procedura non si sia svolta regolarmente, nel rispetto delle norme che ne disciplinano lo svolgimento dal momento del deposito della domanda e fino all'omologazione, e nell'assenza di atti in frode prima non segnalati o non considerati⁶⁰; ed, infatti, anche l'art. 112 richiede quale prima verifica del tribunale per l'omologa del concordato ordinario quella della "regolarità della procedura" (lett. a) comma primo).

Quest'ultima norma richiede poi il controllo "dell'esito della votazione", che ovviamente è attività incompatibile nel concordato semplificato ove manca una votazione; peraltro, la mancanza del voto e delle maggioranze elimina gran parte del contenzioso sulla regolarità dello svolgimento del concordato e la semplificazione estrema del rito rende più semplice e agevole questo controllo. Correttamente non è stata richiamata in tema di concordato semplificato neanche la lett. c) del primo comma dell'art. 112, che richiede l'accertamento della "ammissibilità della proposta", dal momento che, come visto, non esiste un provvedimento di ammissione al concordato semplificato posto che il debitore chiede direttamente l'omologa.

Nella categoria della indagine sulla regolarità può farsi rientrare l'esame della dichiarazione dell'esperto, da inserire nella relazione finale, circa la correttezza e buona fede con cui si sono svolte le trattative della fase negoziale; poiché, per i motivi esposti, nel merito di questa valutazione il tribunale non può entrare nella fase iniziale, per cui, pur in presenza di un giudizio negativo dell'esperto sulla meritevolezza del debitore nella fase negoziale, deve comunque nominare l'ausiliario e fissare l'udienza per l'omologazione, il problema della verifica del giudizio dell'esperto si ripresenta al momento dell'omologa, dove sono presenti le condizioni che mancavano nella fase iniziale, in quanto il debitore può dire la sua e il tribunale può avvalersi di mezzi istruttori ed anche del parere dell'ausiliario, che sono elementi indispensabili per un esame nel merito in un contraddittorio tra gli interessati; non solo, ma il

⁵⁹ Rimane, invece, il dubbio circa l'estensione di tale potere di ufficio, ossia se esso si riferisce a quei mezzi istruttori, come la consulenza tecnica, che anche nel rito ordinario possono essere ammessi di ufficio, oppure il giudizio abbia assunto un carattere inquisitorio.

⁶⁰ G. D'Attorre, *Il concordato semplificato*...., cit. 1617.

tribunale deve, in sostituzione dei creditori, controllare, come si vedrà a breve, la fattibilità e la convenienza della proposta e del piano, il cui esame può essere inciso anche dal comportamento tenuto del debitore nella fase precedente negoziale.

Eguale nello stesso concetto di controllo della regolarità del procedimento rientra la verifica della formazione delle classi secondo criteri di omogeneità. Considerato, infatti, che la lett. r) dell'art. 2 CCII qualifica la classe quale "insieme di creditori che hanno posizione giuridica e interessi economici omogenei" (del resto, è connaturato al concetto di classazione l'omogeneità tra i creditori inclusi nella stessa classe) e che la funzione della formazione delle stesse è quella di offrire trattamenti differenziati, si può dire per scontato che queste caratteristiche debbano ricorrere ogni volta che viene ammessa la suddivisione in classi con conseguente verifica della regolarità non solo formale della loro formazione. E qui la formazione delle classi riprende la sua primitiva funzione di tecnica di superamento del principio della *par condicio creditorum*, consentendo, rispettato l'ordine della graduazione per i crediti assistiti da prelazione, un trattamento differenziato tra creditori di pari rango, nel mentre non ha alcuna valenza quale criterio di organizzazione del voto e strumento di approvazione, che nel nuovo codice ha assunto un ruolo predominante lì dove si chiede l'approvazione di tutte le classi (cfr. art. 64-bis, co. 7, art. 109, co. 5).

L'ulteriore controllo riguarda il rispetto dell'ordine delle cause di prelazione. Il principio della graduazione delle cause di prelazione, sul cui significato la giurisprudenza di merito si era divisa, è stato convincentemente interpretato dalla S. Corte⁶¹ nel senso che esso impone l'integrale pagamento del credito di rango superiore prima di soddisfare quello di grado inferiore e non nel senso che sia ammessa la falcidia del credito di grado superiore e il pagamento parziale del credito di rango più basso, a condizione che al primo sia assicurato un trattamento più favorevole rispetto a quello riservato al secondo⁶². Questo criterio dell'*absolute priority rule* è stato stemperato nel concordato con continuità aziendale dal sesto comma dell'art. 84 per la distribuzione del valore eccedente quello di liquidazione, ma nel concordato liquidatorio è rimasto inalterato, per cui anche il concordato semplificato per ottenere l'omologazione deve prevedere la soddisfazione dei creditori di rango successivo solo dopo che

⁶¹ Cass. 8 giugno 2020, n.10884 in *Ilfallimentarista.it* 18 agosto 2020; Conf., Trib. Milano 16 marzo 2013; Trib. Salerno 9 novembre 2010, Trib. Pordenone 21 ottobre 2009; Trib. Treviso 11 febbraio 2009; tutte in *ilcaso.it*.

⁶² In questo secondo senso App. Torino 14 ottobre 2010, in *Il Fallimento*, 2011, 3, 349; Trib. Torre Annunziata 29 luglio 2016, Trib. Belluno 17 febbraio 2017, in *ilcaso.it*.

siano stati integralmente soddisfatti quelli di rango precedente (salvo che siano utilizzate risorse esterne); da qui l'ulteriore conseguenza che i creditori chirografari non possono ottenere l'adempimento, neanche parzialmente, della propria obbligazione se il presumibile valore di realizzo dei beni su cui insistono i diritti di prelazione non consenta di soddisfare questi ultimi.

Il mancato richiamo dell'art. 84, il cui quinto comma prevede il ricorso ad una stima per rapportare il livello di pagamento offerto ai creditori prelatizi alla capienza sui beni gravati, pone l'interrogativo del trattamento di questa categoria di creditori nel concordato semplificato e, cioè, se e a quali condizioni, sia possibile la soddisfazione parziale di costoro. E' difficile pensare che si sia ritornati alla situazione precedente alla decreto correttivo n. 169 del 2007 (che ha introdotto il secondo comma dell'art. 160 l. fall., da cui è derivato il quinto comma dell'art. 84 CCII), quando i crediti prelatizi dovevano essere soddisfatti per intero, perchè l'omologazione del concordato semplificato richiede sia il raffronto con la potenzialità realizzativa dei beni in una eventuale liquidazione giudiziale, che segna il confine massimo della soddisfazione dei creditori (per cui solo una proposta al di sotto di questo potrebbe essere considerata pregiudizievole per i creditori), sia un controllo sulla regolarità della graduazione prospettata. Offrire, infatti, ad un creditore ipotecario o ad un pignoratizio o ad un privilegiato speciale un importo svincolato dal valore del bene o dei beni gravati, altera l'ordine delle cause di prelazione in quanto non si soddisfa il creditore nella misura data dalla sua garanzia, sicchè il debitore può fare ricorso all'attestazione speciale del professionista indipendente (come richiede l'art. 84, co. 5), ma anche servirsi della stima delle risorse derivanti dalla liquidazione, che il par. 13 della Sez. III del Decreto dirigenziale 28.09.2021 consiglia all'esperto di fare anche ai fini della redazione del parere di cui all'art. 18, oppure di altri mezzi, posto che il tribunale ha anche poteri istruttori d'ufficio.

Non rappresenta una novità la verifica che la proposta assicuri un'utilità a ciascun creditore posto che già la lett. e) del secondo comma dell'art. 161 l. fall., prevede che "in ogni caso, la proposta deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore"; disposizione che individua uno dei presupposti per la stessa ammissione del concordato (cfr. art. 162 l. fall.), ancor più stringente di quello indicato dalla nuova normativa, che non richiede che l'utilità sia "specificamente individuata ed economicamente valutabile", il che lascia un maggior margine all'interprete.

Questo requisito, tuttavia, nel concordato semplificato assume un significato diverso mancando l'obbligo di assicurare la soddisfazione dei creditori chirografari nella misura del 20%. Per il concordato ordinario la prefissazione di questa soglia minima costituisce un dato di valutazione *ex ante*, che esplica la propria funzione di argine alla discrezionalità del debitore, in cui la previsione della utilità per i creditori consente a costui di frazionare ancor di più liberamente le modalità di soddisfacimento di costoro, posto che non è necessario offrire modalità estintive in danaro ma è sufficiente fare in modo che i beni messi a disposizione dei creditori assicurino, in termini di ragionevole certezza, una utilità tangibile, economicamente valutabile che sia avvicicabile a quel livello di soddisfazione prefissato.

Una volta eliminata la soglia minima di soddisfazione per la categoria dei chirografari, l'utilità per costoro diventa del tutto evanescente non dovendo più essere adeguata alla previsione del raggiungimento di un traguardo prefissato dalla legge; se, infatti, non esiste la necessità di assicurare ai chirografari il pagamento del 20%, il debitore può promettere qualsiasi percentuale, anche irrisoria se i beni ceduti non consentono di meglio e, quindi, anche l'utilità per i creditori non può che essere parametrata su queste unità di misura, di modo che anche il beneficio immediato degli scarichi fiscali⁶³, a fronte della dimostrata insoddisfazione del credito, diventa una utilità vantaggiosa. Fermo restando che, essendo la valutazione della utilità quanto mai personale dato che non si traduce necessariamente in una somma di danaro ma in vantaggi certi ed economicamente valutabili, difficilmente il tribunale può riuscire a tener conto nel suo giudizio- sostitutivo di quello dei creditori- di quale sia l'effettiva utilità che la proposta può apportare a determinati creditori.

Sulla valutazione della fattibilità il recente legislatore ha avuto un ripensamento. Invero, i primari redattori del CCII, in ossequio alla disposizione di cui alla lett. e) del primo comma dell'art. 6 della legge delega n. 155 del 2017, che invitava il legislatore a "determinare i poteri del tribunale, con particolare riguardo alla valutazione della fattibilità del piano, attribuendo anche poteri di verifica in ordine alla fattibilità anche economica dello stesso, tenendo conto dei rilievi del commissario giudiziale", avevano espressamente attribuito al tribunale il compito di valutare "la fattibilità economica del piano", sia in sede di ammissione (art. 47) che in sede di omologa (art. 48); disciplina che rappresentava il superamento dell'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale

⁶³ Esempio di utilità addotto da M. Fabiani, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in *ilcaso.it* 6 agosto 2015.

il sindacato del giudice sulla fattibilità di un piano di concordato- che ha eguale contenuto in tutte le fasi della procedura- si estende alla fattibilità giuridica della proposta e anche alla fattibilità economica, al limitato scopo di verificare la sussistenza o meno di una assoluta, manifesta non attitudine del piano presentato dal debitore a raggiungere gli obiettivi prefissati, ossia a realizzare la causa concreta del concordato, individuabile caso per caso in riferimento alle specifiche modalità indicate dal proponente per superare la crisi mediante una sia pur minimale soddisfazione dei creditori chirografari in un tempo ragionevole.

Nella versione definitiva del CCII, il riscritto art. 47 ha ripreso, come già ricordato, la formula secondo cui il tribunale, ai fini dell'ammissione verifica: "in caso di concordato liquidatorio, l'ammissibilità della proposta e la fattibilità del piano, intesa come non manifesta inattitudine del medesimo a raggiungere gli obiettivi prefissati"; a sua volta l'art. 112, in cui è stata trasfusa parte dell'art. 48, dispone in sede di omologazione che il tribunale verifica "in ogni altro caso, la fattibilità del piano, intesa come non manifesta inattitudine a raggiungere gli obiettivi prefissati".

L'art. 25-*sexies* ha, invece, mantenuta la formula di cui all'art. 18 del d.l. n. 118/2021 secondo cui il tribunale verifica la "fattibilità del piano di liquidazione" senza alcuna aggettivazione, a differenza delle citate norme del CCII, per cui non può mettersi in dubbio che la norma in tema di concordato semplificato consenta una valutazione piena anche della fattibilità economica, posto che quella giuridica, che oggi svolge il giudice nel concordato preventivo, rientra implicitamente nella sfera dei poteri omologatori del tribunale. Il che ben si spiega col dato che la verifica della fattibilità economica è sottratta al giudice nei concordati ordinari in quanto affidata ai creditori, che si esprimono attraverso il voto, sicchè, nel concordato semplificato, non essendo contemplato il voto dei creditori, l'accertamento della fattibilità, come quello della convenienza, è stato demandato al tribunale; e giustamente demandato al momento della omologa quando i dati acquisiti consentono di effettuare con molta più cognizione di causa quello scrutinio delle concrete prospettive di soddisfacimento dei creditori, che nella nuova figura, mancando una fase iniziale di ammissibilità come quella prevista per il concordato preventivo ordinario, non sarebbe stato possibile effettuare o, comunque, sarebbe stato basato su dati ancora incerti in quanto emergenti dai pareri emessi in tempi

estremamente contenuti dell'esperto e dell'ausiliario sulle prospettive della liquidazione⁶⁴.

Il tribunale deve infine appurare che “la proposta non arreca pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale”, dizione che introduce un giudizio sulla convenienza, anche se la semplice mancanza di un "pregiudizio" per i creditori è concetto più ristretto di quello della convenienza. La ricerca della convenienza richiede, infatti, il riscontro in positivo di un vantaggio per i creditori rispetto allo scenario alternativo della liquidazione giudiziale, nel mentre per la mancanza di pregiudizio è sufficiente l'accertamento dell'assenza di un danno rispetto all'alternativa della liquidazione collettiva e, quindi, che i creditori ricevano un trattamento economico almeno pari a quello che loro ricaverebbero dalle altre soluzioni alternative; di conseguenza, non trovando applicazione il comma quarto dell'art. 84, la soglia minima di soddisfazione è costituita da quella presuntivamente ricavabile dalla liquidazione giudiziale, il cui espresso richiamo da parte dell'art. 25-*sexies* elimina le equivocità dei testi che fanno riferimento alle alternative concretamente praticabili, in quanto, trattandosi di un concordato prettamente liquidatorio che segue ad un tentativo non riuscito di negoziazione per il risanamento dell'impresa, l'unica alternativa praticabile alla soluzione concordata prospettata non può che essere la liquidazione giudiziale. Ma se l'unica alternativa praticabile alla soluzione concordata prospettata non può che essere una soluzione liquidatoria, questa indagine sulla convenienza, o meglio

⁶⁴ Invero, “il parere dell'esperto con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie offerte”, non può essere espresso al termine dell'incarico, sia perché il comma ottavo dell'art. 17 prevede che, in quel momento, egli rediga soltanto la relazione finale, sia perché è inverosimile che l'esperto fornisca un parere del genere in assenza di qualsiasi ipotesi liquidatoria, potendo il debitore, all'esito infausto delle trattative negoziali, scegliere anche altre strade (tra cui anche non fare nulla), sia perché, infine, la valutazione richiesta all'esperto è finalizzata al giudizio di fattibilità del piano per cui non può prescindere da quanto viene proposto dal debitore e, per altro verso, deve riguardare anche le garanzie offerte, che non possono che essere quelle eventualmente offerte ai creditori con la proposta e il piano. È chiaro, pertanto, che il parere di cui al comma terzo dell'art. 25-*sexies* deve essere fornito dall'esperto al momento della presentazione da parte del debitore della domanda di concordato semplificato e, nella mancanza di qualsiasi indicazione circa i tempi e le modalità del rilascio e dell'acquisizione, sembra logico presumere che dovrà essere il debitore, all'atto o prima ancora di richiedere l'omologa del concordato, a comunicare all'esperto il piano liquidatorio in modo che questi possa rilasciare il suo parere in ordine ai presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie offerte. Il parere iniziale dell'ausiliario, di contenuto imprecisato, deve essere rilasciato nel termine che il tribunale gli assegna all'atto della nomina e che, di conseguenza, è un termine abbastanza contenuto in quanto deve essere trasmesso ai creditori.

sulla mancanza di pregiudizio per i creditori, non si sostanzia in una valutazione bilanciata tra il pregiudizio delle ragioni dei creditori e la prosecuzione dell'attività d'impresa, e tanto meno può soffermarsi sul mantenimento dei livelli occupazionali, ma deve incentrarsi solo ed esclusivamente sul raffronto tra il presumibile ricavo realizzabile nel concordato in attuazione del piano di liquidazione (sia che questo preveda la vendita del complesso aziendale che analitica dei singoli beni), con quella omologa eventualmente realizzabile nella liquidazione giudiziale.

Né sembrano richiamabili principi di sostenibilità e responsabilità sociale. Questi indubbiamente sono presenti nel diritto della crisi, ma rilevano nella fase in cui esistono prospettive di risanamento, siano esse innestate in una procedura stragiudiziale che giudiziale; quando, invece si arriva alla fase liquidatoria, sia essa giudiziale che concordataria, la considerazione di obiettivi ulteriori rispetto a quello della miglior soddisfazione dei creditori non costituisce elemento qualificante della fattispecie, ed in esso l'impegno alla prosecuzione dell'attività per un periodo minimo di tempo o alla conservazione dei livelli occupazionali o ad adeguare la produzione secondo standard più rispettosi dell'ambiente, possono essere vantaggi occasionali e accidentali ultronei, che non possono intaccare il criterio fondamentale di valutazione della convenienza posto dal quinto comma dell'art. 25-*sexies*, secondo cui la proposta non deve arrecare pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa liquidatoria fallimentare. E, poiché l'assenza di pregiudizio è assicurata, come detto, se il trattamento non è meno conveniente rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale, il confronto che il tribunale è tenuto a fare è tra lo scenario prospettato con la proposta concordataria e quello liquidatorio della liquidazione giudiziale, in cui vanno considerate le altre eventuali entrate (ad es. da revocatoria) o risparmi (ad es. per minori spese) che l'una o l'altra procedura possono consentire.

Il richiamo dell'art. 106, che dovrebbe consentire la revoca del concordato semplificato per gli stessi motivi per i quali può essere revocato l'ordinario concordato, è stato depotenziato nella sua portata. Si è già detto, infatti, che non può essere causa di revoca il venir meno delle condizioni di ammissibilità dal momento che non esiste nel concordato semplificato una fase di ammissione, né la revoca non può essere giustificata dalla mancata effettuazione del deposito previsto dall'articolo 47, comma 2, lettera d) non essendo questo previsto nel concordato semplificato⁶⁵. La norma consente “di colpire i comportamenti

⁶⁵ L. A. Bottai, *La rivoluzione del concordato liquidatorio semplificato*, in *Diritto della Crisi*, 9 agosto 2021, 4.

fraudolenti precedenti (l'inizio della composizione negoziata), ma non i pagamenti di debiti scaduti, anteriori al deposito del ricorso e in ipotesi non strategici ai fini della continuità aziendale o le cessioni di beni o le prestazioni di servizi non bilanciate dall'incasso dei corrispettivi (bensì con appostazione dei relativi crediti per il prezzo)"; egualmente non consente di colpire il compimento in corso di procedura negoziata di atti di straordinaria amministrazione o di pagamenti che non appaiono coerenti rispetto alle trattative, qualora l'imprenditore abbia preventivamente informato degli stessi l'esperto e questi abbia ritenuto che tali atti non fossero pregiudizievoli per i creditori, per le trattative o per le prospettive di risanamento, nonché il compimento di atti di ordinaria amministrazione e l'esecuzione di pagamenti coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento, che non vanno comunicati e sfuggono alla valutazione per il possibile dissenso dell'esperto (cfr. art. 21). Tutti questi atti sono legittimi e quindi non possono essere considerati come atti idonei alla revoca del concordato ex art. 106, a meno che non siano stati fraudolentemente compiuti.

Infine, come già ricordato, il comma terzo dell'art. 25-*septies* dispone che quando il piano di liquidazione di cui all'articolo 25-*sexies* comprende un'offerta da parte di un soggetto individuato avente ad oggetto il trasferimento in suo favore dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni da effettuarsi prima dell'omologa, a tale offerta "dà esecuzione l'ausiliario, verificata l'assenza di soluzioni migliori sul mercato, con le modalità di cui al comma 2, previa autorizzazione del tribunale". A parte il fatto che la norma, nelle condizioni indicate, non prevede l'apertura di un procedimento competitivo, di cui si è già parlato, la norma attribuisce all'ausiliario il potere di procedere alla vendita, qualificata espressamente come coattiva con il richiamo degli artt. da 2919 a 2929 c.c. (il richiamo a queste norme è contenuto nel comma 2, ma nel terzo comma, di cui si sta parlando, si specifica che l'ausiliario provvede "con le modalità di cui al comma 2", ed è univoco il riferimento alla citata disciplina), come se avesse la disponibilità del patrimonio del debitore, nel mentre egli, a norma del richiamo all'art. 94 contenuto nel secondo comma dell'art. 25-*sexies*, esercita solo una attività di vigilanza sulla gestione dei beni e sull'esercizio dell'impresa che rimane in capo al debitore. Per riportare la norma negli schemi delle funzioni affidate all'ausiliario bisogna ritenere che l'autorizzazione del tribunale- prevista in tal caso e non quando la stessa vendita venga eseguita dal liquidatore- valga a sanare l'anomalia, anche se essa è giustificata dal fatto che manca un giudice delegato o un comitato dei creditori o un qualsiasi altro organo di controllo sull'operato dell'ausiliario; oppure che il legislatore intenda dire

che il compito di costui sia solo quello di verificare l'assenza di soluzioni migliori sul mercato; in tal modo, però, si finisce per attribuire alla medesima locuzione: "dare esecuzione all'offerta", ossia accettare l'offerta,- riferita nel comma secondo all'attività del liquidatore e nel comma terzo all'attività dell'ausiliario- un diverso significato, che non è una brillante operazione ermeneutica in quanto si dovrebbe attribuire eguale significato alle espressioni contenute nello stesso testo normativo e, ancor più, nella stessa norma.

Non è detto a quali criteri debba ispirarsi il tribunale nel rilasciare la richiesta autorizzazione alla vendita, ma, in questo caso, trattandosi della anticipazione di una attività liquidatoria normalmente consegnata alla fase dell'esecuzione successiva all'omologa, vanno presumibilmente anticipati anche i poteri che al giudice competono nella fase dell'omologa, con i limiti informativi e istruttori descritti.

5. Considerazioni conclusive

In un meccanismo procedurale che prende l'avvio con la domanda di omologazione della proposta concordataria che incarna il modello classico del concordato liquidatorio, è chiaro che i poteri del giudice sono molto limitati nella fase iniziale, ove la fissazione dell'udienza per l'omologa è assoggettata al solo controllo della regolarità della proposta, nel mentre si espandono, in mancanza dell'espressione del voto dei creditori, nella fase dell'omologa, ove, pur in assenza della tutela di un interesse pubblicistico, viene demandato al tribunale la verifica della fattibilità, anche economica, e della convenienza, che sono aspetti estranei all'esame del giudice dell'omologa di un concordato ordinario.

È legittima, quindi la domanda del perché, in una situazione del genere, non sia stata attribuita ai creditori la possibilità di esprimersi su una questione che riguarda principalmente i loro diritti, o, ancor più a monte, perché, in un ordito normativo che espressamente attribuisce priorità agli strumenti finalizzati alla continuità gestionale rispetto alle soluzioni liquidatorie, sia stata introdotta una nuova procedura liquidatoria che produce, fin dalla presentazione della domanda, gli stessi effetti dell'ordinario concordato, ma, a differenza di questo, non è soggetto al vaglio iniziale di ammissibilità tipica del concordato preventivo, al vincolo di soddisfare i creditori chirografari ad un livello predeterminato lasciando al debitore una grande libertà di organizzare la loro soddisfazione anche attraverso la formazione delle classi, né deve rispettare le

regole della competitività, né sottostare al voto dei creditori, ecc.⁶⁶. In tal modo, alla fine del percorso negoziale, esclusa ogni velleità di risanamento diretto dell'impresa, le alternative di cui parla il legislatore nel secondo comma dell'art. 23 sono solo sulla carta, giacché questa nuova figura di concordato è talmente vantaggiosa per il debitore rispetto a qualsiasi altra procedura concorsuale da escludere ogni possibilità di concorrenza⁶⁷, a meno che non siano configurabili ipotesi di revocatorie da far pendere l'ago della bilancia per l'apertura della liquidazione giudiziale⁶⁸.

La risposta a queste domande è ravvisabile, a parere di chi scrive, nell'intento del legislatore di creare una specie di ulteriore misura premiale per il debitore per invogliarlo a percorrere la strada della composizione negoziata; in caso di buona riuscita di questa si stipula un accordo e scattano gli incentivi contemplati dall'art. 25-*bis*; in caso negativo il debitore ha la possibilità di ricorrere al vantaggioso concordato semplificato, che comporta anche la riduzione alla metà delle sanzioni e degli interessi sui debiti tributari sorti prima del deposito dell'istanza di accesso alla procedura negoziata se sono stati oggetto della trattativa, giusto il disposto dell'art. 25-*bis*, comma 3⁶⁹. E questa prospettiva

⁶⁶ P. Vella *La spinta innovativa dei quadri di ristrutturazione preventiva europei sull'istituto del concordato preventivo in continuità aziendale*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 1 gennaio 2022, p. 23 ss. osserva che "al di là degli istituti vigenti della l. fall., il panorama del nostro ordinamento concorsuale consta di una lunga serie di istituti e strumenti già in vigore, o di applicazione imminente o rinviata, la cui tassonomia è già di per sé impressionante"; l'Autrice ne elenca 24, cui è da aggiungere il piano di ristrutturazione soggetto ad omologa di cui all'art. 64-*bis*, introdotto con il d.l. n. 83/2022..

⁶⁷ Una qualche concorrenza può crearsi con il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione (PRO) di cui all'art. 64-*bis*, figura anche questa di nuovo conio che ha natura autonoma, ma può essere utilizzato anche come strumento finale dopo il fallimento delle trattative per la composizione negoziata della crisi (rientrando nella previsione della lett. d) del comma secondo dell'art. 23), per cui il debitore può scegliere se seguire, in quel momento, la via del concordato semplificato, che esclude l'intervento dei creditori, ai quali comunque devono essere fatte proposte nel rispetto dell'ordine di graduazione, verificabile dal tribunale, oppure la via del PRO che consente al debitore di distribuire il valore generato dal piano anche in deroga dei principi di cui agli artt. 2740 e 2741 c.c. e alle disposizioni che regolano la graduazione delle cause di prelazione, purchè la proposta sia approvata dalla unanimità delle classi, la cui formazione è obbligatoria (anche se poi il rigore di questi principi è annacquato dalla previsione del comma settimo dell'art. 64-*bis*)

⁶⁸ M. Campobasso, *Il concordato liquidatorio semplificato...*, cit., 128, parla di "dumping nei confronti del concordato preventivo ordinario" e di effetto distorsivo. Giustamente sottolinea l'Autore che "la sola esistenza di un tipo di concordato talmente sbilanciato a favore del proponente non può che rendere obsoleta la procedura di concordato preventivo ordinaria e richiederà un totale ripensamento della relativa normativa".

⁶⁹ Si tratta di una delle tante misure dettate per agevolare il ricorso alla composizione negoziata giacché la norma citata, accordando l'indicata misura premiale nelle ipotesi di cui all'art. 23 co. 2, consente la riduzione delle sanzioni e degli interessi sui debiti tributari in tutti

diventa un'arma molto potente perché, come immediatamente sottolineato⁷⁰, ha, durante la negoziazione assistita dall'esperto, una forza persuasiva sui creditori i quali sanno che, "all'esito negativo l'imprenditore potrà liberarsi delle sue obbligazioni con un concordato liquidatorio che deve rispettare soltanto le cause di prelazione e che non lo vincola a riconoscere ai creditori più di quanto essi potrebbero ottenere in caso di fallimento"⁷¹.

Il concordato semplificato diventa pertanto apprezzabile più che nel momento in cui il debitore ne usufruisce, nella fase precedente della composizione negoziata, nel corso della quale la prospettiva del ricorso, alla fine del percorso negoziale non riuscito, alla nuova procedura liquidatoria, molto più incongruamente asimmetrica in favore del debitore e sfacciatamente lesiva dei diritti dei creditori rispetto all'esistente, ha lo scopo di operare una non indifferente pressione per vincere eventuali perplessità o vischiosità decisionali dei creditori.

i casi in cui, non riuscito il tentativo negoziale, il debitore ricorra ad un piano attestato o ad una domanda di concordato semplificato o acceda ad una delle procedure disciplinate dal codice (compresa la liquidazione giudiziale, probabilmente solo quella richiesta dallo stesso imprenditore) o dal d.l.s n.270 del 1999 o dal d.l. n. 347 del 2003 (convertito dalla l. n. 39 del 2004). È chiaro che questa misura premiale costituisce un ulteriore incentivo a percorrere la strada della composizione negoziata (tanto, se anche va male e si apre una procedura concorsuale, il debitore si giova di alcuni vantaggi fiscali), ma, poiché, per le ragioni di cui al testo, lo sbocco preferenziale della mancata riuscita della negoziazione è il ricorso al concordato semplificato, detta misura premiale finisce per diventare una significativa agevolazione che favorisce ulteriormente il ricorso alla nuova figura di concordato.

⁷⁰ Panzani, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid*, in *dirittodellacrisi.it*, agosto 2021, 24.

⁷¹ Lo stesso S. Leuzzi (*Analisi differenziale, cit.*, 14), che pur apprezza la nuova figura, riconosce che la mancanza del voto "vale a conferire una più spiccata forza contrattuale all'imprenditore in fase di trattative, posto che i creditori mal disposti a rimodulare le pretese entro i limiti esterni dell'apprezzabile sacrificio saranno ben consapevoli che il mancato accordo non li premierà, perché non saranno ulteriormente chiamati a pronunciarsi, né riceveranno di più nel plesso della liquidazione fallimentare". Nello stesso senso M. Arato, (*La scelta dell'istituto più adeguato per superare la crisi d'impresa*, in *Ristrutturazioni aziendali* dell'8 ottobre 2021), per il quale "In definitiva, il possibile ricorso al concordato liquidatorio semplificato quale esito di una composizione negoziata non andata a buon fine potrebbe essere un valido deterrente rispetto ad eventuali perplessità o vischiosità decisionali dei creditori in sede di composizione negoziata. Ipotizziamo, ad esempio, una proposta di accordo con i creditori che preveda una continuità indiretta attraverso la cessione dell'azienda a terzi. Se i creditori non l'approvano, il debitore potrà pur sempre perseguirla e imporla ai creditori attraverso un concordato semplificato".

IL CONCORDATO SEMPLIFICATO: UN EPILOGO RAGIONEVOLE DELLA COMPOSIZIONE NEGOZIATA

STEFANIA PACCHI

Sommario: 1. Premessa. - 2. La soluzione che può conseguire alla Composizione negoziata. - 3. La dipendenza del concordato semplificato dalla composizione negoziata. - 4. La tutela dei creditori: i presidi procedurali. - 5. Conclusioni.

Abstract: l'articolo esamina gli esiti potenziali derivanti dalla composizione negoziata e fino a che punto il concordato semplificato ne dipende. Inoltre, approfondisce le misure atte a tutelare gli interessi dei creditori attraverso presidi procedurali.

Parole Chiave: diritto della crisi, concordato semplificato, composizione negoziata, tutela dei creditori.

Abstract: the article examines the potential outcomes stemming from the negotiated settlement and to what extent the simplified arrangement relies on it. Additionally, it delves into the measures aimed at protecting the interests of creditors through procedural safeguards.

Keywords: Insolvency law, simplified agreement, negotiated settlement, protection of creditors.

1. Premessa

Per parlare del concordato semplificato¹ di cui agli artt. 25-*sexies* e 25-*septies* del CCII potrei assumere differenti angoli di osservazione.

Ponendomi nel solco del tradizionale approccio ad uno strumento concorsuale, sarei indotta a leggere la disciplina con le lenti dei protagonisti della crisi che individuerei nel debitore e nei creditori.

Parlerei, allora, di un imprenditore che definisce la sua crisi, verosimilmente profonda e ormai scivolata nell'insolvenza, con uno strumento che, a dispetto della denominazione ("concordato"), gli consente l'autogestione della liquidazione del proprio patrimonio.

Parlerei poi dei creditori dei quali verrebbe in risalto l'assenza di *voice* a causa della privazione del momento decisionale, a lungo ritenuto il *clou* della negoziazione della crisi non solo quale fu legislativamente tratteggiata nelle riforme del 2005-2006 alle quali imprese il marchio caratterizzante, ma già come era presente nelle procedure preventive del fallimento del '42 (concordato preventivo e amministrazione controllata), essendo, all'inizio, in posizione divergente da quel modello partecipativo l'imposizione della proposta debitoria, creata per il concordato della liquidazione coatta amministrativa, nel proseguo estesa prima all'amministrazione straordinaria e, da ultimo, allo strumento per il consumatore.

Probabilmente nessuna di queste angolazioni condurrebbe, però, alla comprensione dello strumento in questione. Se ci riferissimo *tout court* ai principi e al quadro degli interessi fondanti la disciplina fino all'entrata in vigore

¹ Molti gli scritti in materia, senza pretesa di completezza: L. A. BOTTAI, *La rivoluzione del concordato liquidatorio semplificato*, in *Diritto della crisi.it* del 9 agosto 2021; R. GUIDOTTI, *La crisi d'impresa nell'era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato*, in *Ristrutturazioniazendali.ilcaso.it* dell'8 settembre 2021; M. DI SARLLI, *Composizione negoziata della crisi e concordato semplificato: il d.l. 118/2021 ha dimenticato le start up innovative?*, in *Crisi d'Impresa e Insolvenza-Il Caso.it* del 21 settembre 2021; S. AMBROSINI, *Il concordato semplificato: primi appunti*, in *Ristrutturazioniazendali.ilcaso.it* del 23 settembre 2021; S. LEUZZI, *Analisi differenziale fra concordati: concordato semplificato vs ordinario*, in *Dirittodellacrisi.it*, 9 novembre 2021; G. BOZZA, *Il concordato semplificato introdotto dal d.l. n. 118 del 2021, convertito, con modifiche dalla l. n. 147 del 2021*, in *Diritto della crisi.it*, 9 novembre 2021; G. FICHERA, *Sul nuovo concordato semplificato: ovvero tutto il potere ai giudici*, in *Diritto della crisi.it*, 11 novembre 2021; G. D'ATTORRE, *Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio*, in *Fallimento*, 2021, p. 1603 ss.; P.F. CENSONI, *Il concordato semplificato: un <<istituto enigmatico>>*, *Ristrutturazioniazendali.ilcaso.it*, 22 febbraio 2022; A. ROSSI, *L'apertura del concordato semplificato*, *Diritto della crisi.it*, 18 marzo 2022; M. VITIELLO, *Il concordato semplificato: tra liquidazione del patrimonio e continuità indiretta*, in *Ilfallimentarista*, 26 aprile 2022.

del Codice saremmo portati a evidenziare esclusivamente la dissonanza del concordato semplificato rispetto alla nostra tradizione concorsualistica.

A me pare che voler misurare la disciplina del concordato semplificato con ciò che del diritto della crisi è stato fino al d.lgs.83/2022, crei fraintendimenti perché (anche) con questo nuovo strumento (uno fra quelli di nuovo conio) siamo fuori dai canoni che hanno improntato un momento storico, economico e giuridico che il nostro legislatore si è lasciato ormai dietro le spalle, in parte *motu proprio*, in parte indotto da quello unionale, in parte incalzato dalle vicende epidemiologiche e politiche foriere di inquietanti scenari di crisi².

A mio avviso una lettura “laica” di questo concordato impone non solo di operare un doveroso e corretto collegamento con la composizione negoziata ma anche di tener presente gli approdi del Codice in tema di concordato preventivo, di diritti in giuoco non più circoscritti a quelli dei creditori, di diversa espressione della *voice* di questi ultimi, della diffusa istanza conservatrice dei valori aziendali che sospinge verso un bilanciamento tra variegati interessi e, quindi, del cangiante perimetro valutativo del giudice su una proposta calata in una procedura nella quale sono in giuoco diritti da tutelare.

2. La soluzione che può conseguire alla Composizione negoziata

Prima di approfondire il tema del collegamento, è utile sottolineare che con la composizione negoziata il legislatore ha inteso mettere a disposizione delle imprese risanabili e virtuose – perché dotate di adeguati assetti – una soluzione idonea³ al pronto superamento della situazione di squilibrio patrimoniale o economico finanziario che rendono probabile la crisi o l'insolvenza.

Con la composizione negoziata si incentiva la tempestività⁴ al di là di quello che potrà essere l'impatto della soluzione finale sull'imprenditore, il legislatore

² A. ROSSI, *L'apertura del concordato semplificato*, cit., parla di funzione deflattiva dell'istituto.

³ Per portare a termine le trattative le parti hanno a disposizione un arco temporale di 180 giorni che, tuttavia può essere ampliato per non oltre ulteriori 180 giorni quando tutte le parti lo richiedono e l'esperto vi acconsente, o quando la prosecuzione dell'incarico è resa necessaria a seguito dell'accesso alle misure protettive o cautelari, o di richieste autorizzative, o, ancora, nell'ipotesi di sostituzione dell'esperto (art. 17, comma 7). Durante questo periodo le trattative possono concludersi positivamente o invece “arenarsi” provocando l'archiviazione della composizione negoziata.

⁴ La molla verso la tempestività dovrebbe essere costituita dall'offerta di un percorso, che se correttamente intrapreso ha tutte le potenzialità per condurre a soluzioni comunque sia preventive.

volendo evitare, con l'entrata sollecita in questo percorso guidato dall'esperto, la liquidazione disgregativa che per lo più si impone quando il ritardo nell'approccio alla crisi ha eroso il complesso aziendale e vanificato ogni interesse del mercato non solo per l'impresa ma anche per i residui valori del complesso aziendale.

Alla tempestività dell'approccio alla crisi fa da sponda la rapidità dell'individuazione e della realizzazione della soluzione. Questi sono i cardini della disciplina introdotta dal d.l. 118/2021 (conv. in L. 147/2021), incorporata nel CCII con il d.lgs.83/2022 che è andata – in virtù di una rivoluzione concettuale (da alcuni censurata anche pesantemente)⁵ avvenuta all'ombra della pandemia e dell'evento bellico - a prendere il posto degli strumenti di allerta.

Come esito⁶, si favoriscono le soluzioni *light*, definitive (quelle di cui alle lett. a e c dell'art. 23, comma I) o transitorie/interlocutorie (la moratoria di cui alla lett. b) che costituiscono l'approdo diretto delle trattative⁷, senza tuttavia respingere l'ipotesi in cui “all'esito delle trattative, se non è individuata una soluzione tra quelle al comma 1” l'imprenditore ricorra o a uno strumento variamente plasmabile quali il piano attestato ex art. 56 o (*hard*) all'accordo di ristrutturazione, che può godere del vantaggio competitivo derivante dal percorso precedentemente intrapreso⁸ o, se nessuno di questi strumenti è

⁵ P. LICCARDO, *Neoliberismo concorsuale e le svalutazioni competitive: il mercato delle regole*, in *Giustizia insieme*, 7 settembre 2021; F. LAMANNA, *Nuove misure sulla crisi d'impresa del D.L. 118/2021: Penelope disfa il Codice della crisi recitando il 'de profundis' per il sistema dell'allerta*, in *ilfallimentarista.it*, 25 agosto 2021; D. GALLETTI, *È arrivato il venticello della controriforma? Così è se vi pare*, in *ilfallimentarista.it*, 27 luglio 2021; Id., *Breve storia di una (contro)riforma "annunciata"*, ivi, 1° settembre 2021; meno drasticamente facendo piuttosto cenno a un cambio cultura difficile da recepire, S. PACCHI, *Le misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale (ovvero: i cambi di cultura sono sempre difficili)*, in *Ristrutturazioniazendali.ilcaso.it*, 9 agosto 2021.

⁶ V. ZANICHELLI, *Gli esiti possibili della composizione negoziata*, in *Dirittodellacrisi.it*, 26 ottobre 2021; G. FAUCEGLIA, *Le conclusioni delle trattative: riflessioni sull'art. 11, 1° comma, lett. a), L. n. 147/2021*, in *Dir. fall.*, 2022, I, 553 ss.; L. PANZANI, *Gli esiti possibili delle trattative e gli effetti in caso di insuccesso*, in *Fallimento*, 2021, 1593; S. PACCHI, *Gli sbocchi della composizione negoziata e, in particolare, il concordato semplificato*, in *Ristrutturazioniazendali.ilcaso.it*, 17 gennaio 2023.

⁷ L'esito positivo delle trattative viene fatto coincidere con l'accesso ad una delle soluzioni di carattere contrattuale “secondo una prospettiva fortemente innovativa che si aggiunge alla più tradizionale figura del piano attestato di risanamento, in cui è del tutto assente un intervento giudiziale” (*Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione sul nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, 15 settembre 2022, 16).

⁸ ASSONIME, *Guida al Codice della crisi*, cit., 33, “La scelta può discendere sia dall'entità della situazione di squilibrio in cui versa l'impresa, sia dalla circostanza per cui le trattative

proponibile, – a condizioni ben precise – al concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio.

Residuano, infine, quali sbocchi possibili, per gli imprenditori commerciali, gli altri strumenti disciplinati nel Codice della crisi o nel d.lgs. 270/1999 e nel d.l. 347/2003 e per l'imprenditore agricolo quelli indicati nell'art. 25-*quater*, comma 4.

Da questa varietà di strumenti messi a disposizione delle parti, ricaviamo alcuni corollari.

In primo luogo, viene esaltata – visti gli sbocchi *target* – l'autonomia privata nella scelta del rimedio alla crisi⁹.

In secondo luogo, la composizione negoziata rappresenta il percorso obbligato perché l'imprenditore avente i requisiti di legge, possa accedere ad una qualsiasi delle soluzioni indicate nell'art. 23, scortate da alcuni interessanti effetti premiali.

In terzo luogo, elemento distintivo degli sbocchi di cui al comma 2 dell'art. 23 rispetto a quelli del comma 1, è che i primi possono non essere frutto diretto delle trattative¹⁰ pur sfruttando di queste il flusso informativo e le conoscenze acquisite sulle diverse posizioni assunte dalle parti. Ciascuno è, quindi, arricchito da potenzialità che non avrebbe in un utilizzo “in solitario”.

Con questo bagaglio cognitivo e comportamentale – costruito anche grazie all'attività dell'esperto che ha retto le fila del percorso precedente registrando, al termine, l'insuccesso con un *report* puntuale sul “vissuto” nelle “segrete stanze” delle trattative, in particolare rispetto al comportamento tenuto dalle parti¹¹ - l'imprenditore “riparte” verso la elaborazione di una proposta.

siano andate a buon fine solo con alcuni creditori. Anche in questo caso, tuttavia, la composizione negoziata sarà stata utile a predisporre il terreno per la conclusione di un piano di risanamento assistito dalle garanzie previste dalla legge fallimentare o per accedere rapidamente alla procedura concorsuale, essendo già state vagliate le proposte del debitore e le risposte delle parti sotto il controllo di un esperto equidistante da tutti i soggetti coinvolti”.

⁹ S. AMBROSINI – S. PACCHI, *Composizione negoziata della crisi, concordato semplificato e segnalazioni per l'emersione anticipata della crisi*, in S. PACCHI – S. AMBROSINI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza, II ed.*, Bologna, 2022, 79.

¹⁰ Infatti, se l'accordo per un adr è raggiunto all'interno delle trattative e ciò risulta dalla relazione finale dell'esperto, si può avere la riduzione dal 75% al 60% della percentuale necessaria per il raggiungimento dell'accordo a efficacia estesa.

¹¹ Circa la connessione tra le trattative interne alla composizione negoziata e gli accordi di ristrutturazione, v. la disposizione di cui alla lett. b) dell'art. 25-*ter* che prevede un aumento del compenso dell'esperto quando, successivamente alla redazione della relazione finale, si concludono gli accordi di ristrutturazione.

Se per l'esito favorevole del percorso, viene messo a disposizione un ventaglio di soluzioni "target" che possono comportare la continuità diretta o indiretta, per quello sfavorevole (le trattative si sono svolte, proposte sono state presentate dall'imprenditore e dibattute con i creditori che, tuttavia, non le hanno condivise), sempre nell'orbita della rapidità, della possibile non dispersione dei valori, di una conclamata inutilità di marchi e sanzioni espunti dall'ordinamento per lasciare il posto ad un'esdebitazione quale generale effetto di una procedura concorsuale (concordataria o liquidativa che sia), viene proposta la possibilità di un "non fallimento"¹². Tale è il concordato semplificato¹³.

3. La dipendenza del concordato semplificato dalla composizione negoziata

L'imprenditore può presentare una proposta di concordato semplificato – precisamente chiede l'omologazione del concordato - "all'esito delle trattative" ciò supponendo che quelle abbiano aperto un canale di interlocuzione - se pur non proficuo - che viene sfruttato in termini: di informazioni circolate (fra) e acquisite dalle parti, di preclusioni e di indisponibilità dei creditori¹⁴.

Merita sottolineare che è interdetto l'accesso a detto concordato non solo nel caso in cui, concluse le trattative, l'esperto esprima un "giudizio negativo" sul comportamento delle parti o rilevi che le proposte negoziali non sono state completamente e chiaramente presentate e illustrate dall'imprenditore, ma anche qualora – prima dell'esito finale - abbia ritenuto, ai sensi dell'art. 17 comma 5, non sussistenti le concrete prospettive di risanamento e, conseguentemente, dato corso all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata.

¹² Circa l'elevata flessibilità delle soluzioni con cui le trattative con i creditori possono concludersi, ASSONIME, *Guida al Codice della crisi*, 14 dicembre 2022, 31.

¹³ Definisce il concordato semplificato come "un non fallimento", S. LEUZZI, *Il concordato semplificato nel prisma delle prime applicazioni*, in *Dirittodellacrisi.it*, 19 marzo 2023.

¹⁴ Così anche L. PANZANI, *Gli esiti possibili delle trattative e gli effetti in caso di insuccesso*, cit., 1598. G. BOZZA, *Il concordato semplificato introdotto dal D.L. n. 118 del 2021*, in *Dirittodellacrisi.it*, 5 ottobre 2021, con riferimento alla chance degli accordi di ristrutturazione (indicata nel comma 2, lett. b) dell'art. 23) osserva che ciò "presuppone che l'esperto abbia riscontrato l'esistenza della disponibilità di adesioni nella misura indicata, necessaria per rendere vincolante- in presenza degli altri requisiti di legge- anche per gli altri creditori non aderenti l'accordo di ristrutturazione.

In conclusione, deve essere chiaro che: A) il concordato semplificato non è autonoma procedura; B) non può essere l'obbiettivo che smuove l'imprenditore ad accedere alla composizione negoziata; ma C) costituisce la soluzione estrema "di ripiego" quando, deluse le aspettative di risanamento per l'opposizione dei creditori partecipanti, - fallito il tentativo ("tracciabile") di pervenire ad alcuna delle soluzioni indicate precedentemente dall'art. 23 - l'imprenditore, per primo, sia costretto ad accettare questa soluzione di ultima istanza.

Il concordato semplificato è, quindi, riservato a quegli imprenditori che non solo abbiano chiesto la nomina dell'esperto ma abbiano anche instaurato e condotto le trattative della composizione negoziata, presentando l'impresa il requisito della risanabilità.

Qualsiasi imprenditore¹⁵, transitato da trattative¹⁶ nelle quali abbia proposto concrete soluzioni conservative senza tuttavia incontrare l'adesione dei creditori, presa consapevolezza del fatto che l'unica ipotesi percorribile è quella liquidatoria, può chiedere al tribunale – nei sessanta giorni¹⁷ seguenti alla comunicazione della relazione conclusiva dell'esperto (dal contenuto sopra indicato) – l'omologazione di un concordato semplificato presentando una proposta di concordato per cessione dei beni.

¹⁵ Al concordato semplificato possono farvi ricorso tutti coloro che possono chiedere la nomina dell'esperto per la composizione negoziata essendo iscritti nel RI. Che l'iscrizione nel registro imprese costituisca un requisito, lo si desume dall'art. 13, comma 1, CCI, che riserva l'accesso alla piattaforma telematica nazionale all'imprenditore iscritto. Non sono previsti limiti dimensionali, né verso l'alto né verso il basso. Per le imprese sottosoglia la possibilità di accedere al concordato semplificato è espressamente sancita dall'art. 25-*quater*, comma 4 che prevede per l'imprenditore commerciale e agricolo che presenta congiuntamente i requisiti di cui all'art. 2, comma 1, lett. d), "se all'esito delle trattative non è possibile raggiungere l'accordo" la possibilità di presentare la domanda di concordato minore o di liquidazione controllata o di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio. Soltanto l'impresa agricola potrà ricorrere, in subordine, anche a un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi degli artt. 57, 60 e 61.

¹⁶ La proposta di concordato liquidatorio semplificato potrebbe costituire una decisione maturata dopo che le trattative si sono chiuse e che l'esperto ne ha dato rappresentazione in quel documento. Questa sequenza è stata immaginata dal legislatore quando ha preteso che, una volta ricevuta la domanda di concordato, il tribunale da un lato, richieda all'Esperto un ulteriore parere "con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie offerte", dall'altro lato, nomini un Ausiliario ex art. 68 c.p.c. a cui assegna un termine per il deposito "del parere di cui al comma 4".

¹⁷ Il termine è perentorio e non soggetto a proroga. Si tratta, inoltre, di un termine processuale (art. 1, L.742/1969) che può fruire della sospensione feriale (G. BARVAS, G. BISOGNI e A. GAIANI, *Il concordato semplificato*, in S. BONFATTI-R. GUIDOTTI, *Il ruolo dell'esperto nella composizione negoziata ecc.*, cit., 397).

Come precisa l'articolo 25-*sexies*, occorre però anche che nella relazione finale¹⁸ l'esperto – che costituisce il punto di snodo e il primo documento sul quale il tribunale dovrà soffermarsi nel valutare la ritualità – abbia dichiarato che le trattative si sono svolte secondo correttezza e buona fede ma che, non avendo avuto esito positivo, le alternative negoziali conservative previste dall'articolo 23, comma 1 e comma 2, lett. a), b) e d) non sono praticabili.

Cosa debba intendersi per trattative svolte con correttezza e buona fede è chiarito dal Tribunale di Firenze, 31 agosto 2022¹⁹: “il requisito dello svolgimento in buona fede delle trattative postula, innanzitutto, che vi sia stata una effettiva e completa interlocuzione con i creditori interessati dal piano di risanamento, i quali devono aver ricevuto complete e aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'imprenditore e sulle misure per il risanamento proposte, e aver potuto esprimersi su di esse; inoltre, comporta che le trattative si siano sviluppate con la sottoposizione ai creditori di una (o più) proposte con le forme previste dall'art. 23, comma 1, CCII; infine, implica che sia stata fornita ai creditori una comparazione del soddisfacimento loro assicurato dalle predette soluzioni con quello che potrebbero ottenere dalla liquidazione giudiziale”.

La relazione finale è il trampolino per il concordato semplificato, strumento liquidativo di regolazione della crisi – meno “traumatico” della liquidazione giudiziale e più snello del concordato preventivo liquidatorio (che non ha però la composizione negoziata come passaggio obbligato) – idoneo, tanto più se in presenza di un'offerta da parte di un soggetto individuato, ad una rapida cessione dell'azienda (o di uno o più rami o di specifici beni), anche prima dell'omologazione e senza dover applicare le regole competitive ma con verifiche di mercato obbligatorie²⁰, consentendo così una rapida uscita dal e un altrettanto rapido ritorno al mercato.

¹⁸ P. RIVA, G. ROCCA, *L'esito dell'esperto e il contenuto della relazione finale*, in *Quaderno 90 - La composizione negoziata quale soluzione alla crisi d'impresa*, Saf - Scuola di alta formazione - 2022-12.

¹⁹ Sul punto anche Trib. Salerno, 16 dicembre 2022.

²⁰ Sul punto la condivisibile affermazione di A. MANCINI, *La prospettiva del creditore nella composizione negoziata: linee operative per il suo advisor legale*, in *Dirittodellacrisi.it*, 14 dicembre 2022, secondo cui “È curioso notare che la prosecuzione indiretta dell'attività, nel contesto della legge fallimentare ed ora dell'art. 84 CCII, è ricondotta nell'alveo del concordato in continuità aziendale (già art. 186 bis L. fall.), mentre nel Concordato Semplificato integra una soluzione qualificata dal legislatore come prettamente liquidatoria”.

Ecco, allora, il motivo per cui questa procedura viene “alleggerita” dai passaggi, controlli e costi procedurali “monetizzando” da una parte l’attività dell’esperto e dall’altra gli scambi informativi e dialogici che hanno avuto luogo durante le trattative. In queste è stata, infatti, discussa e rifiutata una proposta di risanamento aprendo così le porte alla liquidazione.

La semplificazione procedimentale trova la sua ragione d’essere nel fatto che lo strumento è utilizzabile esclusivamente come sbocco della composizione negoziata, dove un flusso di informazioni economico-patrimoniali e finanziarie sia intercorso tra le parti, le soluzioni negoziali stragiudiziali siano state presentate ed esplorate ma non abbiano condotto a una soluzione conservativa dell’impresa. Questa è la via obbligata (per l’imprenditore) per evitare la liquidazione giudiziale quando la proposta non rechi pregiudizio ai creditori rispetto all’alternativa della liquidazione giudiziale e comunque assicuri loro un’utilità, non meglio specificata dalla norma e che può consistere anche in vantaggi commerciali.

La natura liquidativa plasma lo strumento. Il piano può avere contenuto soltanto liquidatorio, il che non esclude, come in ogni concordato liquidatorio, la possibilità di una cessione unitaria dell’azienda²¹ o di un ramo della stessa anche basata su un’offerta preconstituita punto la vendita unitaria dell’azienda costituisce una modalità per un maggior ricavo e quindi un miglior soddisfacimento dei creditori rispetto ad una vendita atomistica consentendo allo stesso tempo la permanenza sul mercato del complesso aziendale.

Strutturato su un piano di liquidazione non ha alcuna rilevanza il fatto della possibile trasmissione unitaria dell’azienda in funzione dell’esercizio dell’impresa.

È certamente possibile che il complesso aziendale, separato dall’imprenditore e reimmesso in altro circuito produttivo, continui a “vivere” riprendendo a generare valore, ma tale evenienza non incide sulla funzione assegnata dal legislatore al concordato semplificato.

La disciplina pur orientata alla difesa dei valori aziendali ma non ha nel suo DNA la continuità dell’impresa che se per vero non può escludersi in via transitoria come mezzo per cedere il complesso aziendale funzionante, trova comunque un limite – come Trib. Siena, 9 settembre 22, ha precisato – in quanto “l’esperto dovrebbe valutare se la prosecuzione non infici l’equivalenza della proposta rispetto all’aspettativa di soddisfacimento nell’ipotesi liquidativa”.

²¹ Sul punto, A. JORIO, *Il diritto della crisi e dell’insolvenza*, Torino, 2023, 140.

È strumento di regolazione della crisi liquidativo e non per la continuità.

Ci muoviamo all'interno dello statuto di una procedura liquidativa con esclusione, quindi, delle regole della continuità²², quali la possibilità di effettuare pagamenti ai creditori anteriori, le previsioni in tema di contratti pendenti e la neutralizzazione degli obblighi societari degli amministratori in caso di perdite e di scioglimento della società.

Trattasi di procedura liquidativa semplificata²³ che poggia su un piano di liquidazione organizzato o nella forma atomistica o in quella aggregata. Detto piano, concretizzandosi nella cessione dei beni, deve obbligatoriamente offrire tutto il patrimonio ma, per non disperdere il valore della tempestività conquistato con l'accesso alla composizione negoziata, la liquidazione deve essere eseguita secondo poche semplici regole sulla traccia di ciò che fino ad allora si è compiuto. Così possono essere compressi i passaggi procedurali e ridotti controlli per l'accesso ed *in itinere*.

Il piano è accompagnato da una proposta di soddisfacimento che, per legge, non è vincolata, per i creditori chirografari, a una misura minima mentre per i privilegiati è vincolata ai limiti della capienza senza pretendere, però, l'attestazione specifica.

Una qualsiasi utilità, purché economicamente valutabile, assurge a possibile sostituto del soddisfacimento monetario. L'assenza di pregiudizio rispetto a ciò che il creditore potrebbe conseguire nella liquidazione giudiziale da una parte e la distribuzione secondo la *absolute priority rule* dall'altra costituiscono la protezione sul piano sostanziale.

²² S. AMBROSINI, *Il concordato semplificato: primi appunti*, cit., alla luce dei caratteri distintivi del concordato semplificato, parla di "rivincita della liquidazione concordataria". Sottolineano che "la cessione dell'azienda non è qui funzionalizzata alla continuità ma alla massimizzazione del valore", M. FABIANI – G.B. NARDECCHIA, *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Formulario commentato*, sub art. 25-septies, Milano, 2023, 149.

²³ Se, per quanto riguarda il primo aspetto (il procedimento), l'assenza del voto costituisce la semplificazione più rilevante, non è, però, l'unica. Precise sono state le scelte semplificatrici: non è prevista alcuna percentuale minima di soddisfazione per i creditori, né l'apporto di risorse esterne che aumentino in misura apprezzabile la soddisfazione dei creditori, né l'attestazione del piano, né il deposito del fondo spese di procedura, né un vero e proprio giudizio di ammissione, né la nomina del commissario giudiziale (sostituito per alcuni aspetti dall'ausiliario) e del giudice delegato. Nella medesima ottica di snellire e velocizzare il procedimento, - i creditori hanno ricevuto durante la composizione negoziata il plesso informativo necessario per valutare e decidere - non è prevista la nomina del comitato dei creditori.

4. La tutela dei creditori: i presidi procedurali

La proposta di soddisfacimento, pur destinata ai creditori come soggetti finali, è indirizzata direttamente all'autorità giudiziaria che deve approvarla. Non è prevista la votazione²⁴.

Molto è stato scritto circa la privazione del diritto di voto.

Questa assenza è stata letta come grave attentato alla tutela del creditore considerando anche il basso costo che l'esercizio di tale diritto avrebbe rispetto all'opposizione e al reclamo.

Credo che tali censure – rimanendo nella scia di ciò che ho premesso – vadano ripensate alla luce della mutata disciplina, proprio in punto di voto e di maggioranze, del concordato preventivo, procedura concordataria principe dinanzi alla quale ci possiamo chiedere se il voto oggi concretizzi per davvero la tutela dei creditori o se per questi vi siano migliori forme di protezione.

Tutti coloro che se ne sono occupati lo hanno ascritto alla categoria dei concordati coattivi essendo presente – come nelle altre fattispecie che il nostro ordinamento conosce – una proposta che, se valutata dal giudice come rispondente ai requisiti di legge, viene imposta ai creditori.

Ciascuno di noi poi si interroga su quale sia l'interesse superiore che giustifica tale (vera o presunta) coazione.

Risponderei che rinvento un interesse pubblico alla rapida definizione delle crisi – in particolare quando soluzioni conservative siano state esplorate e portate all'approvazione dei creditori che le hanno tuttavia rifiutate – ed alla altrettanto rapida circolazione degli investimenti senza però dover applicare il più costoso regime (per impresa e creditori) della liquidazione giudiziale²⁵. I creditori possono reagire con l'opposizione ed il reclamo del decreto di omologazione.

Senza dubbio assistiamo ad una riformulazione della partecipazione dei creditori che, inoltre, devono fare i conti con la presenza di ulteriori diritti e interessi.

²⁴ Merita segnalare che già una pronuncia del Tribunale di Benevento (14 aprile 2021), dinanzi a un piano che prevedeva l'integrale soddisfazione di tutte le classi creditorie, eccezion fatta per il postergato, ritenendo in tal caso superata la fase della convocazione dei creditori per l'approvazione del concordato, in ragione della mancanza di un ravvisabile, concreto, interesse, sottolineando i presidi a tutela dei creditori (relazione del commissario giudiziale e verifiche del tribunale in sede di omologazione) aveva omologato il concordato preventivo.

²⁵ M. FABIANI – G.B. NARDECCHIA, *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Formulario commentato*, sub art. 25-septies, cit., 149.

Non di “minimizzazione dei diritti dei creditori”²⁶ si tratta, quanto di una riconsiderazione della platea sulla quale ricade il rischio della crisi.

Questa platea non è formata soltanto dai portatori di crediti pecuniari in quanto ci sono tante forme di “credito” in senso ampio nascente da diritti di diversa natura (diritto al lavoro, alla salute, ad un ambiente salubre) che devono essere vagliati per poter parlare di gestione sostenibile di una crisi²⁷.

I creditori, privati del diritto di voto in ragione di una rapida conduzione della procedura e di un altrettanto rapido soddisfacimento, e i titolari di altri diritti diffusi trovano tutela nella presenza dell’Esperto, del Tribunale, dell’Ausiliario e, ove nominato, del Liquidatore.

Per la tutela dei diritti dei creditori, l’esperto assume una indiscussa centralità. Anche la S.C. nell’ordinanza del 12 aprile 2023, n. 9730 ha sottolineato il raccordo del tribunale con la figura dell’esperto rispetto alla fase deputata al vaglio di ammissibilità in chiave di acquisizione di pareri e relazione.

Direi che il punto nevralgico del concordato semplificato, costituendone uno dei fondamenti, è la relazione finale dell’esperto: la sua completezza, analiticità e trasparenza circa la partecipazione dei creditori (“l’assenza di interlocuzione con un determinato creditore nella precedente fase di composizione negoziata non configura automaticamente in capo al debitore una violazione del dovere di correttezza e buona fede”)²⁸, lo snodarsi delle trattative, l’ostensione delle offerte da parte dell’imprenditore, sono indefettibili perché il tribunale possa ritenere rituale la domanda. Non sono sufficienti clausole di stile su correttezza e buona fede delle parti²⁹.

Anche l’assenza dell’attestazione del piano trova la sua spiegazione nella previsione della relazione finale dell’esperto – riguardo all’insussistenza di alternative soluzioni negoziali – e degli ulteriori pareri dell’esperto “con specifico riguardo ai presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie offerte” e dell’ausiliario chiamato, tra l’altro, ad esprimersi sulla proposta di

²⁶ F. DI MARZIO, *Diritto dell’insolvenza*, Milano, 2023.

²⁷ Sul tema, G. D’ATTORRE, *Sostenibilità e responsabilità sociale nella crisi d’impresa*, in *Dirittodellacrisi.it*, 13 aprile 2021; S. PACCHI, *La gestione sostenibile della crisi d’impresa*, in *Ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it.ilcaso.it*, 3 settembre 2022; ID., *Sostenibilità, fattori ESG e crisi d’impresa*, *ivi*, 26 maggio 2023.

²⁸ Trib. Como, 27 ottobre 2022.

²⁹ Trib. Siena, 9 settembre 2022 e Trib. Udine, 24 gennaio 2023.

concordato e sulle utilità eventualmente ottenibili da una liquidazione giudiziale.

La verifica del tribunale sulla ritualità³⁰ che muove da una lettura meticolosa e approfondita della relazione finale è il secondo passaggio rilevante per la tutela dei creditori.

<<È escluso che la valutazione del tribunale debba assumere portata “notarile” ed arrestarsi ad una verifica meramente formale della sussistenza dei presupposti di accesso alla procedura (competenza, iscrizione presso il Registro Imprese della ricorrente, requisiti soggettivi ed oggettivi ex art. 12 CCII, sottoscrizione della domanda ex art. 120 bis CCII, completezza della documentazione ex art. 39 CCII, tempestività della domanda). Il rapporto di “interdipendenza” del concordato semplificato rispetto al segmento procedurale della composizione negoziata della crisi, che deve necessariamente precederlo, e il beneficio riconosciuto al debitore, ammesso ad utilizzare uno strumento liquidatorio “agevolato” con “funzione premiale” volto alla dismissione del patrimonio aziendale ed implicante la compressione delle prerogative normalmente riconosciute ai creditori in ambito concordatario, impongono un esame più ampio anche se di differente e ridotta intensità rispetto alla valutazione di ammissibilità e consistente nella verifica: che la relazione finale dell’esperto sia adeguata motivata circa la buona fede dimostrata dal debitore nell’ambito delle trattative e nell’assenza di un preordinato disegno di accedere al concordato semplificato; dell’attendibilità del parere reso dall’esperto sui presumibili risultati della liquidazione e sulla convenienza della soluzione liquidatoria; che la proposta non si fondi su dati palesemente difformi da quelli comunicati ai creditori; che il piano abbia carattere effettivamente liquidatorio e che non sia manifestamente alterativo dell’ordine legale delle cause di prelazione o dei criteri di formazione delle classi e che ai creditori sia assicurata un’utilità economicamente rilevante>>³¹.

³⁰ Alcuni interpreti hanno evidenziato come il vaglio di “ritualità” della proposta non coincida con il vaglio di ammissibilità. Il Tribunale, pertanto, dovrebbe limitarsi a verificare unicamente se l’esperto abbia formulato il proprio parere sullo svolgimento delle trattative secondo correttezza e buona fede nonché sull’impossibilità di percorrere le soluzioni individuate ai sensi dell’articolo 23, commi 1 e 2 lett. b), senza poter tuttavia vagliare la veridicità o attendibilità nel merito di tale parere. Secondo altro orientamento, condiviso dalle prime pronunce della giurisprudenza di merito, già in occasione dell’effettuazione del vaglio di ritualità il Tribunale dovrebbe “riscontrare la sussistenza dei requisiti minimi di legge per l’accesso alla procedura, quali quantomeno la competenza, la tempestività della domanda e la sussistenza dei presupposti previsti dalla norma” (cfr. Trib. Bergamo del 21.9.2022).

³¹ Trib. Parma, 12 luglio 2023.

Da ciò discende che se pure tale valutazione di ritualità costituisce un *quid minus* rispetto al giudizio di ammissione, “al fine di non rendere oltremodo riduttivo il controllo svolto dal Tribunale”, (anche per motivi di economia processuale, altrimenti diventando obbligatorio in ogni caso la nomina dell’ausiliario) il Tribunale è tenuto “alla verifica non solo della formale sussistenza delle attestazioni nella relazione dell’esperto *ex art. 17 CCII*, ma anche l’attendibilità e ragionevolezza di tali attestazioni, ritenendo la proposta irrituale ove esse siano prive di motivazione ovvero corredate da motivazioni che non trovino riscontro nella documentazione in atti”³².

In una ricostruzione dei presidi a tutela dei diritti dei creditori non può essere trascurato l’ausiliario – nominato dal tribunale *ex art. 68 c.p.c.* – figura che, se non può essere sovrapposta a quella del commissario giudiziale, costituisce tuttavia uno dei cardini informativi e valutativi non solo dell’autorità giudiziaria ma anche del creditore.

La scelta di ricorrere a un ausiliario anziché richiamare la figura del commissario giudiziale, posto che il primo è investito di alcuni compiti tipici del secondo sia pure con un raggio ridotto di azione³³, va ricercata nella volontà di concentrare la procedura nelle mani del tribunale, ovvero nella circostanza desunta dal fatto che alla procedura di concordato semplificato possano accedere le imprese non fallibili, laddove non è prevista la figura del commissario giudiziale.

Tra i compiti demandatigli occupa una posizione di centralità il parere che dovrà essere depositato nel termine fissato dal tribunale nel decreto di nomina dell’ausiliario.

La semplificazione impressa al concordato semplificato – tra l’altro è assente, come è già stato anticipato, quale elemento di supporto per il giudice oltre che per i creditori, l’attestazione del professionista indipendente sulla veridicità dei dati aziendali – viene colmata, per qualche profilo, dal parere citato. La flessibilità del contenuto del parere induce a pensare che l’ausiliario possa certificare i dati aziendali forniti dall’imprenditore in quanto ciò appare essenziale per una serie di valutazioni, fra le quali importante è quella di

³² Trib. Monza, 17 aprile 2023 e in tal senso anche App. Salerno, 6 aprile 2023.

³³ Tra i compiti del commissario giudiziale non attribuiti all’ausiliario possiamo segnalare che quest’ultimo non deve effettuare verifiche propedeutiche al giudizio di ammissibilità, nè redigere l’inventario del patrimonio del debitore. Tali esclusioni si comprendono considerando che alcune di queste informazioni inerenti la condotta del debitore e le cause del dissesto sono, o dovrebbero essere, contenute nella relazione dell’esperto.

fattibilità del piano. Possiamo, inoltre, ritenere che l'ausiliario riferisca anche sui risultati attesi dalla liquidazione.

Questo parere costituisce il fulcro dell'attività dell'organo e del giudizio di omologazione consentendo al tribunale di adottare una decisione basata non solo sulla documentazione acquisita, sugli esiti dei mezzi istruttori assunti, richiesti dalle parti o disposti d'ufficio ma, soprattutto, in relazione all'eventuali opposizioni spiegate in sede di omologazione.

Non vi è dubbio, quindi, che il parere richiesto all'ausiliario, seppure la norma non richiami il contenuto della relazione particolareggiata del commissario giudiziale del concordato preventivo, debba comunque essere dettagliato andando ad analizzare tutti gli aspetti che possono essere utili al tribunale per condurre una comparazione tra i risultati raggiungibili con la liquidazione giudiziale e quelli prospettati nel piano di concordato semplificato.

“In conclusione, in una ricostruzione del sistema, il parere dell'ausiliario non solo assume una funzione coerente e rilevante in quanto non è riferibile solo ai presumibili risultati della liquidazione alle garanzie offerte, ma è anche e soprattutto utile per la finalizzazione e lo svolgimento di attività di indagine che, partendo dall'esame dell'andamento storico dell'impresa, in una prospettiva di stretta realizzazione del piano proposto dal debitore, confrontato con gli esiti di una liquidazione giudiziale alternativa, da scongiurare per aggravio di tempi e costi, consenta, di fatto, al tribunale di verificare se la proposta rechi o meno pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa liquidatoria”³⁴.

Ciò è confermato dal secondo comma dell'art 48 per il quale nel termine di almeno 5 giorni prima dell'udienza fissata il commissario deve depositare il proprio parere motivato sul presupposto che anche nel concordato semplificato i creditori e qualsiasi interessato possono proporre opposizione all'omologazione costituendosi nel termine perentorio di 10 giorni prima dell'udienza fissata.

Alla luce dell'assenza dello spossessamento del debitore, nell'urgenza di evitare il verificarsi di un pregiudizio per i creditori, e, quindi, nel quadro dell'apparato a tutela dei creditori, deve essere, inoltre, riconosciuto all'ausiliario il compito di vigilare sull'attività del debitore nelle more della procedura. Di conseguenza, l'ausiliario potrà individuare il compimento di eventuali fatti e circostanze interessanti ai fini del *sub* procedimento di cui all'art 106 (richiamato dal comma ottavo dell'art 25 *sexies*) e, quando il piano di

³⁴ M. MONTELEONE, *Gli organi nel vigente codice della crisi d'impresa*, Milano, 2023, 192.

liquidazione prevede un'offerta di acquisto dell'azienda, di rami di questa o di singoli beni, che deve essere accettata prima dell'omologazione, procede ad eseguire l'offerta e, verificata l'assenza di soluzioni migliori sul mercato, alla vendita. La verifica dei comportamenti passati dell'imprenditore unitamente e la segnalazione di quelli di mala gestio potrebbero dare ingresso ad azioni di responsabilità a carico degli organi di gestione e di controllo, oppure ad azioni revocatorie esperibili nel corso di una liquidazione giudiziale.

Inoltre, l'ausiliario non cessa l'attività con l'omologa perché in forza della disposizione di legge richiamata (art. 118) egli deve sorvegliare l'adempimento del concordato e quindi l'opera del liquidatore secondo le modalità stabilite nel decreto di omologazione, riferendo al giudice ogni circostanza dalla quale possa derivare pregiudizio ai creditori.

La tutela dei creditori passa poi dal penetrante controllo di omologazione demandato al tribunale ai sensi del comma 5 dell'art. 25-sexies. L'omologazione del concordato è disposta dal Tribunale quando, verificata la regolarità del contraddittorio e del procedimento, nonché il rispetto dell'ordine delle cause di prelazione e la fattibilità del piano di liquidazione, risulta che la proposta non arrechi pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale e comunque assicuri un'utilità a ciascun creditore.

Il concordato semplificato presenta barriere protettive rispetto all'interesse dei creditori, sul piano sostanziale, grazie alla non deteriorità della proposta rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale (art. 25-sexies, comma 5) e, su quello processuale, al diritto di opposizione "generalizzato" vuoi perché individualmente attribuito a qualsiasi creditore e a qualsiasi interessato, vuoi perché non relegato a motivi di convenienza e al rafforzato, composito controllo giudiziale, anticipato nel terzo comma e approfondito nel quinto comma dell'art. 25-sexies.

Il decreto di omologa è reclamabile dalle parti entro trenta giorni in corte d'appello. contro il decreto della corte d'appello è proponibile ricorso per cassazione. Entro 30 gg dalla comunicazione

Infine, per costruire la tutela dei creditori nel concordato semplificato, deve essere considerata la (obbligatoria) nomina del liquidatore³⁵.

³⁵ Sulla possibilità di nominare come liquidatore lo stesso ausiliario la dottrina è divisa: in senso negativo, G. D'ATTORRE, *La liquidazione del patrimonio*, in *Dirittodellacrisi.it*, 29 dicembre 2021; G. BOZZA, *Il "concordato semplificato" introdotto dal d.l. n. 118 del 2021, convertito, con modifiche, dalla l. n. 147 del 2021*, in *Fallimenti&Società*, 95, perché in tal modo l'ausiliario cumulerebbe due funzioni, quella liquidatoria e quella di vigilanza

Nell'ottica di una ricostruzione dei presidi procedurali a tutela dei creditori è rilevante (anche) il ruolo del liquidatore in quanto non gli è attribuita soltanto la funzione di alienare i beni sulla base di quanto è stabilito nel piano, bensì soprattutto quella di incrementare il patrimonio, “attraverso l'incasso dei crediti e l'esercizio delle azioni risarcitorie, di responsabilità verso gli organi amministrativi e di controllo e recuperatorie di beni e utilità suscettibili di accrescere l'attivo distribuibile (o di ridurre il fabbisogno concordatario). Il liquidatore espleta, inoltre, compiti di ripartizione del ricavato fra i creditori sulla scorta del contenuto e delle tempistiche della proposta omologata, attraverso appositi piani operativi di riparto pedissequamente ritagliati sulle previsioni di quest'ultima”³⁶.

Sempre nell'ottica, da una parte, della tutela dell'interesse in giuoco e, dall'altro, della semplificazione e rapidità procedimentale, l'esecuzione della vendita all'offerente già individuato è preceduta dalla verifica del liquidatore giudiziale sull'assenza di soluzioni migliori sul mercato (art. 25-septies, co.2) che prende il posto di una vera e propria vendita competitiva.

Inoltre, sempre nel quadro della ricostruzione delle tutele dei creditori, non si può tralasciare il disposto dell'art. 25-septies, co. 1, che richiama le disposizioni del 114 in quanto compatibili. Quest'ultimo articolo prevede che “se il concordato consiste nella cessione dei beni, il tribunale nomina nella sentenza di omologazione uno o più liquidatori e un comitato di tre o 5 creditori per assistere alla liquidazione e determina le altre modalità della liquidazione”. Anche se in dottrina³⁷ è stato osservato che “il comitato non è organo menzionato e, come tale, non sembra riproducibile in vitro in un contesto in cui l'architettura dei ruoli fa perno su una funzione di salvaguardia delle singole posizioni creditorie da parte del giudice e/o su una eterotutela individualizzata da parte sua”, la giurisprudenza, invece, ha seguito la disciplina “base” del concordato con cessione dei beni, nominando il comitato dei creditori³⁸.

sull'esecuzione del concordato; in senso positivo, S. LEUZZI, *Il concordato semplificato nel prisma delle prime applicazioni*, cit., 30 e in giurisprudenza, Trib. Udine 24 gennaio 2023.

³⁶ S. LEUZZI, *Il concordato semplificato nel prisma delle prime applicazioni*, cit., 30.

³⁷ S. LEUZZI, *Il concordato semplificato nel prisma*, cit., 32. Parla di svilimento dei comitati dei creditori, G. BOZZA, *Il “concordato semplificato” introdotto dal d.l. n. 118 del 2021, convertito, con modifiche, dalla l. n. 147 del 2021*, cit., 95.

³⁸ Trib. Udine, 24 gennaio 2023.

5. Conclusioni

Il concordato semplificato – si legge nell’ordinanza della Cass., 12 aprile 2023, n. 9730 – “è stato concepito fin dalla legislazione dell'emergenza per evitare la liquidazione giudiziale dopo l'esperimento negativo delle trattative”.

Si tratta – come ho già notato – di un “non fallimento”³⁹ volendo essere più rapido e tendenzialmente evitare la disgregazione del patrimonio produttivo trasmettendo ciò che resta del complesso aziendale funzionale all’esercizio dell’impresa.

Il diritto vuole uniformarsi ai tempi del mercato.

La rapidità, che sacrifica il diritto di voto, peraltro controbilanciato da adeguati presidi, trae la sua legittimazione dal precedente esperimento della composizione negoziata nella quale vi sono state trattative supportate da flussi informativi.

Senza dubbio il concordato semplificato costituisce un incentivo per l’imprenditore a entrare nella composizione negoziata nella consapevolezza che qualora non sia percorribile una soluzione negoziale per il superamento della crisi, sarà comunque possibile ricorrere a una procedura semplificata per una rapida uscita (dal) e un altrettanto rapido ritorno al mercato. Sotto questo aspetto costituisce anche una spinta per i creditori ad abbandonare comportamenti ostruzionistici cercando insieme all’imprenditore una soluzione negoziale. L’abuso potrebbe essere dietro l’angolo.

È per tale consapevolezza che il legislatore ha lastricato lo strumento di controlli e con una *voice* dei creditori nell’opposizione e nel reclamo. Merita allora osservare che neanche nel fallimento c’è una *voice* dei creditori all’infuori dell’opposizione allo stato passivo. Così, per comprendere il senso del concordato semplificato, dobbiamo ragionare in termini di procedura sostitutiva del fallimento. Credo che si debba leggere come strumento semplificato di liquidazione.

Come lo strumento per il consumatore che non vede un’approvazione dei creditori ma un giudice che approva o non approva il piano proposto per un’esigenza di ordine sociale, così dobbiamo ragionare rispetto al semplificato con il quale si è privilegiata una soluzione economica in una fase storica, politica e giuridica nella quale tante coordinate sono saltate.

Basti pensare al nuovo lessico concorsuale che sottende vistosi cambi di prospettiva: l’impresa come attività ha assunto centralità rispetto al suo organizzatore; la crisi (ma anche l’insolvenza) viene regolata con strumenti; il bilanciamento tra interessi che suppone il venir meno di una preminenza di

³⁹ L’espressione è di S. LEUZZI, *il concordato semplificato nel prisma delle prime applicazioni*, in *Dirittodellacrisi.it*, 19 maggio 2023, 3.

qualcuno; il soddisfacimento deve essere non deteriore a quello ottenibile in una liquidazione; la sostenibilità è il baricentro di valutazioni; la tempestività come cifra dell'attuale concorsualità; Il comportamento delle parti e non solo del debitore è oggetto di valutazione; l'utilità da corrispondere al creditore che può anche consistere in un vantaggio contrattuale; l'esdebitazione che taglia trasversalmente le procedure liquidative e concordatarie.

In questo nuovo scenario concorsuale la distanza tra concordato e liquidazione giudiziale si è accorciata e non solo per la ripetuta affermazione della volontà legislativa di spogliare la procedura liquidativa da ogni aspetto infamante.

A mio avviso non si tratta di “un concordato sbilanciato a favore del proponente”⁴⁰ bensì di uno strumento per il rapido smobilizzo di valori. In questo senso è da respingere anche la tesi secondo cui il semplificato “può rendere obsoleta la procedura di concordato preventivo ordinario”⁴¹ perché i due strumenti si muovono su piani diversi.

Per rispondere alle scettiche notazioni su questo nuovo istituto, utilizzando alcune frasi di un giurista straniero, potrei dire che: «La tensione tra il salvataggio dell'impresa e l'inevitabile danno o pregiudizio che un accordo arreca al credito è un tema intrinseco al concorso. Non esiste una procedura concorsuale senza questa tensione. Né angeli, né demoni»⁴² e, quindi, “senza premi per il debitore e punizioni per i creditori”⁴³. “Tutti vittime, alcuni di più, alcuni di meno, della crisi che economicamente è sempre perdita sia per il debitore che per il creditore. Solo la frode” – che dobbiamo combattere – “squalifica perché tutto corrode. Il resto è legge del concorso”⁴⁴.

Il semplificato è strumento per ledere i diritti dei creditori? Forse il Bardo direbbe “Molto rumore per nulla”.

⁴⁰ M. CAMPOBASSO, *Il concordato liquidatorio semplificato: ma perché il concordato preventivo non trova pace?*, in *Nuove leggi civili comm.*, 1/2022, 120.; G. BOZZA, *Il ruolo del giudice nel concordato semplificato*, *Ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it*, 15 gennaio 2023.

⁴¹ M. CAMPOBASSO, *Il concordato liquidatorio semplificato ecc.*, cit., 120.

⁴² A. A. DASSO, *Derecho concursal comparado*, Bogotá, 2009.

⁴³ M. FABIANI – G.B. NARDECCHIA, *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Formulario commentato*, sub art. 25-septies, cit., 148.

⁴⁴ A. A. DASSO, *Derecho concursal comparado*, cit.

CONCORDATO SEMPLIFICATO: LA GIURISDIZIONE COME ANTIDOTO ALLA “COATTIVITÀ” DELLO STRUMENTO E ALLA “TIRANNIA” DELL’ESPERTO*

STEFANO AMBROSINI

Sommario 1. Il concordato semplificato (e la sua autonomia) nella sistematica concorsuale: le scelte del legislatore e la loro coerenza di fondo - 2. La valutazione iniziale di ritualità e la centralità dello scrutinio omologatorio - 3. Le risultanze della relazione finale dell’esperto e il tema della loro (non) vincolatività - 4. Cenno ai pareri dell’esperto e dell’ausiliario

Abstract: il contributo analizza l’istituto del concordato semplificato e la sua autonomia nel contesto concorsuale, valutando le scelte del legislatore e la loro coerenza. Si esamina l’importanza della valutazione iniziale di ritualità e la centralità dello scrutinio omologatorio. Inoltre, vengono discusse le risultanze della relazione finale dell’esperto e il tema della loro non vincolatività, con un cenno ai pareri dell’esperto e dell’ausiliario.

Parole Chiave: concordato semplificato, procedure concorsuali, scrutinio omologatorio, relazione dell’esperto.

Abstract: The contribution analyzes the institution of the simplified arrangement with creditors and its autonomy in the context of insolvency proceedings, evaluating the legislator's choices and their coherence. It examines the importance of the initial assessment of procedural regularity and the centrality of approval judgement. Additionally, it discusses the findings of the expert's final report and the issue of their non-binding nature, with a reference to the opinions of the expert and the auxiliary.

* Lo scritto è stato sottoposto alla verifica di un componente del Comitato per la valutazione. Una versione più ampia e approfondita è destinata alla rivista *Giurisprudenza commerciale*.

Keywords: simplified arrangement, insolvency proceedings, approval judgement, expert report.

1. Il concordato semplificato (e la sua autonomia) nella sistemática concorsuale: le scelte del legislatore e la loro coerenza di fondo

Non sembrano esservi dubbi in ordine al fatto che il concordato semplificato¹, insieme alla composizione negoziata e al piano di ristrutturazione soggetto a omologazione, vada considerato il principale protagonista del biennio riformatore 2021-2022. Si è parlato non a caso di un istituto “rivoluzionario”² rispetto al previgente assetto ordinamentale, ma anche “enigmatico”³ per i numerosi problemi che esso solleva, sia sotto il profilo del suo inquadramento, sia dal punto di vista interpretativo. Il tutto all’insegna di

¹ In argomento cfr. su questa rivista, in ordine di pubblicazione, R. GUIDOTTI, *La crisi d’impresa nell’era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato*, 8 settembre 2021; S. AMBROSINI, *Il concordato semplificato: primi appunti*, 23 settembre 2021; A. JORIO, *Qualche ulteriore considerazione sul d.l. 118/2021, e ora sulla legge 21 ottobre 2021, n. 147*, 1° dicembre 2021; P. F. CENSONI, *Il concordato «semplificato»: un istituto enigmatico*, in *Giur. comm.*, 2023, I, 187 ss. (anticipato su *ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it* in data 22 febbraio 2022 e destinato agli *Studi in onore di Sabino Fortunato*); S. PACCHI, *Gli sbocchi della composizione negoziata e, in particolare, il concordato semplificato*, 17 gennaio 2023; EAD., *Il concordato semplificato: un epilogo ragionevole della composizione negoziata*, 23 ottobre 2023, cui adde, fra gli altri, L. PANZANI, *I limiti all’autonomia negoziale nella disciplina della crisi*, in S. AMBROSINI (a cura di), *Le crisi d’impresa e del consumatore*, Bologna, 2021, 201 ss.; G. D’ATTORRE, *Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio*, nel *Fallimento*, 2021, 1603 ss.; G. BOZZA, *Il concordato semplificato*, in S. AMBROSINI (a cura di), *Crisi e insolvenza nel nuovo Codice*, Bologna, 2022, 307 ss.; V. ZANICHELLI, *Gli esiti possibili della composizione negoziata*, in *dirittodellacrisi.it*, 26 ottobre 2021, 14 ss.; G. FICHERA, *Concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio all’esito della composizione negoziata*, in F. SANTANGELI, (a cura di), *Il codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, Milano, 2023, 202 ss.; M. CAMPOBASSO, *Il concordato liquidatorio semplificato: ma perché il concordato preventivo non trova pace?*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2022, 120 ss.; M. SPIOTTA, *Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio*, in M. IRRERA – S. A. CERRATO (diretto da), *La crisi d’impresa e le nuove misure di risanamento*, Bologna, 2022, 409 ss.; S. LEUZZI, *Il concordato semplificato nel prisma delle prime applicazioni*, in *dirittodellacrisi.it*, 19 maggio 2023; A. PICCOLO, *Sub art. 25 sexies*, in A. MAFFEI ALBERTI (diretto da), *Commentario breve alle leggi su crisi di impresa e insolvenza*, Padova, 2023, 168 ss.; nonché il volume di C. ESPOSITO, *Il concordato semplificato*, Milano, 2023.

² L. A. BOTTAI, *La rivoluzione del concordato liquidatorio semplificato*, in *dirittodellacrisi.it*, 9 agosto 2021. E sul carattere fortemente innovativo dell’istituto si veda anche il contributo di A. PEZZANO - M. RATTI, *Il Concordato preventivo semplificato: un’innovazione solo per i debitori meritevoli, funzionale al migliore soddisfacimento dei creditori (ed a qualche salvataggio d’impresa)*, in *dirittodellacrisi.it*, 19 ottobre 2021.

³ P. F. CENSONI, *Il concordato «semplificato»: un istituto enigmatico*, cit.

una “rivincita della liquidazione concordataria” di cui si è detto all’indomani della conversione del decreto legge n. 118/2021⁴, ponendola a raffronto con l’opzione “riduzionistica” adottata dal legislatore del codice della crisi in materia di concordato preventivo liquidatorio.

La scelta stessa del *nomen iuris* è stata messa in discussione, giacché secondo alcuni esso non sarebbe “appropriato: infatti l’istituto si chiama «concordato», ma non si concorda nulla, né fra il debitore e i suoi creditori (anzi proprio la mancanza di un accordo con i creditori o con taluni di essi in sede di composizione negoziata è uno dei presupposti della nuova disciplina), né con il tribunale; ai creditori è concesso unicamente il potere di proporre opposizione all’omologazione”⁵.

In realtà, lo strumento in questione rientra nel novero dei concordati “coattivi”, così definiti in quanto la relativa disciplina non contempla il voto dei creditori, il cui consenso si inferisce invece dalla mancata opposizione all’omologazione⁶. Il nostro ordinamento concorsuale conosce da tempo tali fattispecie: basti pensare ai concordati nella liquidazione coatta amministrativa (art. 314 C.C.I.I.), nell’amministrazione straordinaria (art. 78. l. 270/1999) e nel sovraindebitamento (art. 12-*bis*, l. 3/2012). Ma esempi di concordati “coattivi”, seppur esterni a detto segmento ordinamentale, sono anche quelli in materia bancaria (art. 93 T.U.B.) e assicurativa (art. 262 del codice delle assicurazioni)⁷.

L’errore si rinviene, piuttosto, nella Relazione illustrativa al d.l. n. 118/2021, ove si dice testualmente che il concordato semplificato rappresenta “una nuova tipologia di concordato preventivo”.

Ed invero, di là da alcune analogie e dalle disposizioni sul concordato preventivo espressamente richiamate, nel rimedio di cui trattasi è diverso il presupposto soggettivo (che è lo stesso della composizione negoziata) e difettano la possibilità di una domanda “con riserva”, la fase di ammissione⁸, la nomina del giudice delegato e del commissario giudiziale, nonché la necessità

⁴ S. AMBROSINI, *Il concordato semplificato: primi appunti*, cit., 1, richiamato da S. PACCHI, *op. ult. cit.*, 11.

⁵ P. F. CENSONI, *Il concordato «semplificato»: un istituto enigmatico*, cit., 188.

⁶ Cfr. G. D’ATTORRE, *Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio*, cit., 1604; A. ROSSI, *Le condizioni di ammissibilità del concordato semplificato*, in *Fallimento*, 2022, 746, nota 7, secondo il quale “la natura “concordataria” dell’istituto risiede nella individuazione delle modalità di soddisfacimento dei creditori tramite una proposta ed un piano rimessi alla volontà del debitore ed implicitamente “accettati” tramite l’omologazione (ove può trovare espressione il dissenso dei creditori)”.

⁷ L. PANZANI, *I limiti all’autonomia negoziale nella disciplina della crisi*, cit., 229.

⁸ Cfr. L. PANZANI, cit., 228: “I tratti più significativi del nuovo concordato liquidatorio sono certamente rappresentati dalla mancanza della fase di apertura della procedura”.

dell'attestazione indipendente; e soprattutto non vi è traccia – come si diceva – di quell'aspetto qualificante del concordato preventivo che risiede nella sua essenza “negoziale”: il consenso (o dissenso) dei creditori espresso attraverso l'esercizio del voto.

Da qui la configurazione di un istituto senz'altro *autonomo* rispetto al concordato preventivo, come messo in luce fin dai primi commenti⁹, a dispetto dell'erronea indicazione – peraltro nient'affatto vincolante sul piano ermeneutico – contenuta nella predetta Relazione illustrativa¹⁰. Istituto, quello del concordato semplificato, riconducibile tanto al novero delle procedure concorsuali quanto a quello degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza¹¹, con la precisazione che relativamente a questi ultimi occorre sostituire il verbo “possono” di cui all'art. 2, lett. m *bis*), con “devono” prima dell'espressione “essere preceduti dalla composizione negoziata”.

Quanto alle ragioni delle scelte operate dal legislatore con l'introduzione del concordato semplificato¹², esse appaiono perspicue: si è voluto dar vita a un istituto assai meno complesso del concordato preventivo, innestato nell'ambito di un procedimento più snello e celere, in cui il ceto creditorio ricopre una posizione schiettamente subalterna al tribunale¹³, laddove è nella composizione negoziata – antecedente ontologico del concordato semplificato – che i creditori dispongono di ampie prerogative, di cui sono chiamati a fare buon uso a tempo debito. Ed è precisamente – se così può dirsi – lo spettro di un concordato coattivo come quello semplificato a costituire, nelle intenzioni del legislatore, un forte stimolo affinché i creditori recedano “da posizioni attendiste o da pretese eccessive”¹⁴.

Il cerchio in tal modo si chiude, denotando una certa coerenza interna al sistema, nella misura in cui il contraltare della mancanza del voto è

⁹ S. AMBROSINI, *Il concordato semplificato: primi appunti*, cit., 7-8; G. BOZZA, *Il concordato semplificato*, cit., 313; A. ROSSI, *Le condizioni di ammissibilità del concordato semplificato*, cit., 745, cui *adde* V. ZANICHELLI, *Gli esiti possibili della composizione negoziata*, cit., 15, che tra i primi aveva parlato dell'introduzione di “una nuova tipologia di concordato nell'ordinamento”.

¹⁰ Sui profili distintivi dei due istituti si veda S. LEUZZI, *Analisi differenziale fra concordati: concordato semplificato vs ordinario*, in *Diritto della crisi*, 9 novembre 2021.

¹¹ A. ROSSI, *Le condizioni di ammissibilità del concordato semplificato*, cit., 746; C. ESPOSITO, *Il concordato semplificato*, cit., 19 ss.

¹² Sul tema v., da ultimo, S. PACCHI, *op. ult. cit.*

¹³ L'espressione è di A. JORIO, *Qualche ulteriore considerazione sul d.l. 118/2021, e ora sulla legge 21 ottobre 2021, n. 147*, cit., 12.

¹⁴ L. PANZANI, *Il D.L. “Pagni” ovvero la lezione (positiva) del covid*, in *dirittodellacrisi.it*, 25 agosto 2021, 37, già da me richiamato in S. AMBROSINI, *Il concordato semplificato: primi appunti*, cit., 4.

rappresentato dal ruolo-chiave attribuito alla giurisdizione¹⁵, cui viene affidato, in chiave “vicariante”, il compito di scrutinare la fattibilità del piano e l’assenza di pregiudizio per i creditori rispetto a quanto accadrebbe nella liquidazione giudiziale¹⁶ (espressione, quella di “assenza di pregiudizio”, che non sembra presentare differenze sostanziali rispetto al concetto di “soddisfacimento non inferiore” di cui all’art. 84, c. 1; laddove l’art. 112, c. 1, lett. f), richiede che nel concordato in continuità i nuovi finanziamenti “non pregiudichino ingiustamente gli interessi dei creditori”, ammettendo con ciò – parrebbe – un pregiudizio giustificato).

2. La valutazione iniziale di ritualità e la centralità dello scrutinio omologatorio

Al fine di una ricostruzione puntuale della disciplina in tema di esercizio del controllo giudiziale nel concordato semplificato, conviene trarre le mosse dalla formulazione dell’art. 25 *sexies*, sul presupposto che l’interpretazione letterale è per giurisprudenza da tempo consolidata il canone ermeneutico “principe”, non solo, evidentemente, nella materia che ci occupa.

Orbene, il terzo comma della norma demanda al tribunale, a valle del deposito della proposta di concordato semplificato, due specifici compiti in vista della nomina dell’ausiliario: (i) la valutazione della “ritualità della proposta”; (ii) l’acquisizione della relazione finale dell’esperto e del suo parere sui presumibili risultati della liquidazione e sulle garanzie offerte.

Null’altro dice la legge in proposito, astenendosi dal parlare di ammissione alla procedura (o di apertura della stessa, come fa l’art. 47) e dal menzionare quei controlli che ai sensi dello stesso art. 47 (difatti non richiamato) sono propri del concordato preventivo. Nessun riferimento quindi, a questo stadio del procedimento, alla fattibilità del piano né alla sua manifesta inattitudine a raggiungere gli obiettivi prefissati.

Questo assetto, con tutta evidenza, non è frutto del caso bensì di una scelta precisa: affidare al giudizio di omologazione – come prevede il quinto comma della disposizione in esame (di cui si dirà infra) – *ogni verifica* circa la regolarità

¹⁵ All’indomani del decreto n. 118/2021 avevo infatti parlato di un significativo rafforzamento delle prerogative giudiziali in *Il concordato semplificato: primi appunti*, cit., 4, richiamato da A. JORIO, *Qualche ulteriore considerazione sul d.l. 118/2021, e ora sulla legge 21 ottobre 2021, n. 147*, cit., 12, nota 20. E v. anche G. FICHERA, *Concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio all’esito della composizione negoziata*, cit., 218, a detta del quale si assiste “a un curioso ritorno alla legge del ‘42” relativamente alla verifica giudiziale della convenienza economica del concordato per i creditori.

¹⁶ In modo non dissimile – *mutatis mutandis* – da quanto avviene nel caso del c.d. *cram down*.

del procedimento, la fattibilità del piano di liquidazione, l'assenza di pregiudizio rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale e l'assicurazione di un'utilità a ciascun creditore. E allo scrutinio in sede omologatoria è appunto finalizzata l'acquisizione dei documenti testé menzionati.

Da ciò emerge nitidamente la differenza di disciplina rispetto alla fase iniziale del concordato preventivo liquidatorio, per l'accesso al quale è richiesta, oltre all'ammissibilità della proposta, la fattibilità del piano intesa come non manifesta inattitudine del medesimo a raggiungere gli obiettivi prestabiliti.

La verifica in ordine alla ritualità della proposta rimanda invece a un controllo di *mera legittimità formale*¹⁷, ovvero – anche sul piano etimologico – di “conformità al rito”, vale a dire alle regole procedurali prescritte: il corretto radicamento della competenza, la tempestività e l'ammissibilità (appunto formale) del ricorso e la presenza di una relazione finale dell'esperto dotata dei requisiti integrativi della fattispecie¹⁸.

Un siffatto controllo di pura legittimità è per sua natura diretto a far emergere eventuali vizi procedurali, senza alcuna verifica di merito, incompatibile con uno scrutinio di ritualità; indagine nel merito bensì prevista dall'art. 25 *sexies*, ma con precipuo ed esclusivo riferimento al giudizio di omologazione, in quanto il quinto comma della norma individua in tale giudizio – e solo in esso – la sede elettiva per i relativi accertamenti di merito: momento in cui lo scrutinio del tribunale diventa opportunamente pregnante, postulando le penetranti verifiche di cui si diceva.

D'altronde, lo scrutinio iniziale del giudice avviene “nella riservatezza della camera di consiglio senza alcun contraddittorio, valutazione che non può che risolversi nella conformità della proposta ai requisiti prescritti dall'art. 25 *sexies*, vale a dire nella corrispondenza di essa allo schema legale, ossia limitarsi alla mera legittimità formale”¹⁹.

A dispetto della formulazione del precetto in esame e dei suoi perspicui corollari, tuttavia, in dottrina si è tentato di sostenere il contrario, essendosi considerato addirittura “certo” che il tribunale possa “vagliare – già in questa fase prodromica – sia che la proposta rispetti le cause legittime di prelazione, sia che il piano di liquidazione sia fattibile. Sarebbe infatti del tutto inutile nominare l'ausiliario e fissare l'udienza di omologa, quando la proposta del debitore non ha alcuna possibilità di ottenere un giudizio favorevole al termine della relativa fase”²⁰.

¹⁷ Così, in luogo di altri, G. BOZZA, *Il concordato semplificato*, cit., 377.

¹⁸ In giurisprudenza v. Trib. Ivrea 27 maggio 2022, in *dirittodellacrisi.it*.

¹⁹ G. BOZZA, *Il concordato semplificato*, cit., 377.

²⁰ G. FICHERA, *op. cit.*, 211.

Senonché, a un esame attento e scevro da apriorismi culturali l'argomento, pur "suggestivo", non persuade e ciò in virtù di una serie di concorrenti ragioni.

In primo luogo, esso si pone, sulla base dei rilievi anzidetti, ad un tempo *contra litteram legis* e *contra tenorem rationis*, diverse essendo le conclusioni da trarre, secondo i dettami dell'art. 14 delle Preleggi, sia dal dato letterale della norma sia da quella che pare essere stata l'intenzione del legislatore. Inoltre, l'orientamento qui criticato, nel limitarsi essenzialmente a segnalare le controindicazioni scaturenti dall'adesione alla tesi contraria, è destinato a scontare la nota insufficienza dell'*argumentum ab inconvenienti*, che nel "provare troppo" finisce a ben vedere per affidarsi a una dimostrazione non sufficientemente rigorosa.

Il fatto è – come correttamente osservato in dottrina – che "il legislatore ha statuito che il debitore chieda direttamente l'omologa del concordato semplificato, quando avrebbe ben potuto, pur escludendo la votazione, regolamentare una fase di ammissione non basata soltanto sul controllo della ritualità della proposta, e non lo ha fatto"²¹.

Deve pertanto ribadirsi convintamente – tenuto anche conto di qualche precedente giurisprudenziale incline ad anticipare impropriamente il controllo di cui si diceva al momento iniziale della procedura²² – che nel concordato semplificato non esiste, né risulta "edificabile" in via interpretativa, una fase di ammissione alla procedura e non è prevista (né appare configurabile) una convocazione del debitore volta all'esame "preventivo" di aspetti che costituiscono invece espressamente oggetto del giudizio di omologazione, insuscettibile per legge di anticipazioni di sorta, del tutto improprie in quanto non volute e difatti non previste. Al punto che la nomina dell'ausiliario e la contestuale fissazione dell'udienza di omologazione si configurano, in presenza di una proposta *rituale*, quasi come l'esercizio di un potere-dovere, da esercitarsi a valle dell'acquisizione della prescritta documentazione, che a cura del debitore va comunicata ai creditori.

Non appartengono dunque allo scrutinio iniziale, per chiara scelta del legislatore, né la valutazione circa l'attendibilità e la ragionevolezza delle conclusioni assunte dall'esperto, né il giudizio di fattibilità del piano di liquidazione in rapporto ai presumibili risultati di questa (neppure nell'ipotesi, peraltro non frequente, di manifesta inattitudine del piano agli scopi da esso perseguiti), trattandosi di aspetti che esulano dal controllo di ritualità nel senso proprio del termine e che come tali vanno scrutinati in sede di omologazione.

²¹ G. BOZZA, *Il ruolo del giudice nel concordato semplificato*, in S. AMBROSINI (a cura di), *Aspetti aziendali, crisi d'impresa e responsabilità della banca*, Pisa, 2023, 216.

²² Cfr. S. LEUZZI, *Il concordato semplificato nel prisma delle prime applicazioni*, cit.

Né risulta fondatamente predicabile l'idea che la proposta *del debitore* possa risultare irrituale a causa di motivazioni carenti o contraddittorie nella relazione *dell'esperto*²³, addebitandosi altrimenti, inaccettabilmente, al ricorso ex art. 25 *sexies*, c. 2, una causa di inammissibilità scaturente da un altro atto, per di più redatto da un soggetto diverso.

Un approccio opposto a quello qui adottato, a ben vedere, comporta il serio rischio – da cui mette giustamente in guardia, in via generale, Renato Rordorf – “di guardare le nuove norme con occhiali vecchi”²⁴, pretendendo di applicare “in via forzosa” regole pensate per un istituto tradizionale come il concordato preventivo ad uno che viceversa è di nuovo conio e che per di più è connotato da presupposti e finalità largamente diversi. È quindi lecito sperare sommessamente che, stavolta (a differenza di quanto sovente accaduto, nel passato, in materia di concordato preventivo), non vi sia bisogno di attendere l'affermazione, da parte della Suprema Corte, di principi aderenti alla lettera e allo spirito delle norme quali suggeriti fin dall'inizio da larga parte della dottrina²⁵ e che a ciò saggiamente provveda, *motu proprio*, la giurisprudenza di merito già dalle prime applicazioni della disciplina: il che potrà avvenire, detto

²³ Come invece sembra ritenere Trib. Monza, 17 aprile 2023, in *ilcaso.it*.

²⁴ R. RORDORF, *Magistratura Giustizia Società*, Bari, 2020, 275.

²⁵ Gli autori che nel corso del tempo si sono espressi in tal senso, soprattutto a seguito delle novelle del 2005 e del 2012, sono numerosi. A mo' di mera sintesi, richiamo quanto da me osservato, a valle della riforma del 2012, nel lavoro monografico *Il concordato preventivo*, in F. VASSALLI - F.P. LUISO - E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, IV, Torino, 2014, 11: “Di fronte al novellato assetto legislativo in tema di concordato, due sono gli atteggiamenti di fondo che l'interprete può decidere di assumere: valorizzare la portata delle nuove regole prendendo atto dell'innegabile *favor* per la soluzione negoziata della crisi, ovvero, all'opposto, circoscriverne il più possibile la portata, cercando di restituire spazio a quelle prerogative giudiziali che pure il legislatore ha inteso, in modo espresso e come tale inequivoco, ridimensionare. Questo secondo approccio è stato oggetto di numerose critiche in dottrina, dettate – se non solo, certo anche – dall'impressione che esso sia ascrivibile non tanto all'opzione per un determinato criterio interpretativo, quanto piuttosto a una forma di “resistenza” ai cambiamenti introdotti dal legislatore. Sotto questo profilo, si è ribadito, anche da parte di chi scrive, che, di là dall'approdo ermeneutico sulle singole questioni, la migliore giurisprudenza è quella realmente scevra da apriorismi ideologici e da “nostalgismi” di sorta; quella che, rinunciando a facili quanto sterili *laudationes temporis acti*, si accosti alle norme in modo laico e non condizionato da preferenze soggettive e che, senza naturalmente rinunciare a stroncare i comportamenti abusivi che abbiano a manifestarsi, sappia cogliere le non poche opportunità che la disciplina riformata, pur non immune da mende, è in grado di offrire”. Vedute consonanti si ritrovano nel coevo lavoro di M. FABIANI, *Fallimento e concordato preventivo – II, Concordato preventivo*, in *Commentario del Codice Civile e Codici collegati*, a cura di Scialoja – Branca – Galgano, Bologna, 2014, *passim*.

in metafora, grazie a una guida che tenga lo sguardo sulla strada davanti a sé e non sullo specchietto retrovisore.

3. Le risultanze della relazione finale dell'esperto e il tema della loro (non) vincolatività

Com'è noto, il primo comma dell'art. 25 *sexies* richiede che l'esperto dichiari che le trattative si sono svolte secondo correttezza e buona fede, che non hanno avuto esito positivo e che le soluzioni individuate ai sensi dell'articolo 23, commi 1 e 2, lettera b) non sono praticabili.

Al riguardo, mentre l'insuccesso delle trattative può considerarsi un dato oggettivo, non altrettanto sembra predicabile relativamente alla impraticabilità delle anzidette soluzioni e, soprattutto, alla sussistenza del requisito della buona fede e correttezza. Requisito il cui possesso – pur in assenza di una precisazione espressa in tal senso – deve potersi ravvisare in capo al *debitore*, essendo il concordato semplificato un beneficio, oltre tutto per nulla trascurabile, a lui destinato e non venendo quindi in rilievo, da questo punto di vista, la buona fede dei creditori, prescritta invece dall'art. 4 sui doveri delle parti.

Con la precisazione esegetica, alla luce della giurisprudenza di legittimità, che ai fini che ci occupano per buona fede deve intendersi, in estrema sintesi, la condizione soggettiva tesa a non ledere i diritti del ceto creditorio e per correttezza la ricerca del soddisfacimento dei creditori senza troppo pregiudicare la posizione dello stesso debitore²⁶. Laddove qualche dubbio pare doversi nutrire, al contrario, in merito alla connessione teleologica, predicata da un autore²⁷, fra il requisito di cui trattasi e l'adeguatezza degli assetti aziendali: tesi, questa, che *prima facie* non appare immune da qualche forzatura, pur meritando la questione un approfondimento incompatibile con l'oggetto (e i limiti) del presente lavoro.

Ciò detto e tornando al contenuto della funzione giurisdizionale nell'ambito del concordato semplificato, va rilevato che l'art. 25 *sexies* non annette – del tutto comprensibilmente – alcun carattere vincolante alla dichiarazione dell'esperto, posto che “l'ultima parola” spetta, sempre e per definizione, al tribunale: aspetto, questo, su cui la più attenta dottrina appare concorde, sottolineandosi da vari autori l'inaccettabilità di un approccio “che limiti la funzione giudiziale al mero recepimento della dichiarazione dell'esperto”²⁸.

²⁶ Cass., 20 gennaio 2022, n. 1825, richiamata anche da C. ESPOSITO, *Il concordato semplificato*, cit., 85.

²⁷ C. ESPOSITO, *Il concordato semplificato*, cit., 85 ss.

²⁸ A. JORIO, *op. cit.*, 12; nel medesimo senso P. F. CENSONI, *op. cit.*, 195; G. FICHERA, *op. cit.*, 206.

Nel momento iniziale della procedura – si diceva – il legislatore richiede la semplice valutazione di ritualità della proposta e il tribunale, proprio perché non è tenuto nella fase iniziale a valutare nel merito la relazione e il parere dell'esperto, ben può, “anche in presenza di un giudizio negativo di questi”²⁹, disporre la nomina dell'ausiliario e fissare l'udienza di omologazione³⁰, nella quale concentrare l'accertamento anche della meritevolezza e della fattibilità, *nel contraddittorio con il debitore*. E pure dal punto di vista dei principi in tema di diritto di difesa appare configurabile una lettura costituzionalmente orientata (e comunque conservativa) della norma, pena un rischio di illegittimità costituzionale della disposizione di cui trattasi.

A ben vedere, del resto, il giudice è sempre *peritus peritorum*, come accade – l'esempio è paradigmatico – quando è chiamato a valutare una consulenza tecnica d'ufficio, dalle risultanze della quale egli ben può discostarsi, aderendo piuttosto, in ipotesi, alla prospettazione di uno dei consulenti di parte.

E ciò deve valere in special modo quando la legge demanda, come nel caso di specie, una valutazione squisitamente giuridica, qual è quella circa la buona fede e correttezza (basti pensare all'annoso dibattito sulla disciplina codicistica degli artt. 1175, 1337 e 1375 c.c.), a un soggetto che di regola è un dottore commercialista³¹ ed ha quindi una formazione di tipo aziendalistico: valutazione che non può che essere resa “in prima battuta” e salva ogni diversa – più ponderata e, appunto, “qualificata” – decisione del tribunale.

Il parere contenuto nella relazione dell'esperto, poi, non è – né può considerarsi – vincolante, essendo notoriamente tassative le ipotesi di pareri e relazioni definite espressamente tali, peraltro relativi a organi della liquidazione giudiziale (tipicamente, quelli del comitato dei creditori *ex* artt. 211, c. 5, e 241, c. 2), le cui valutazioni sono dotate, nei suddetti casi eccezionali, di un “peso” comprensibilmente diverso, oltre a provenire dall'organo che “rappresenta” il ceto creditorio: funzione del tutto aliena da quelle proprie dell'esperto.

²⁹ G. BOZZA, *Il concordato semplificato*, cit., 379. Dubitativamente, ma tra i primi ad aver affacciato il dubbio, A. PEZZANO - M. RATTI, *Il Concordato preventivo semplificato: un'innovazione solo per i debitori meritevoli, funzionale al migliore soddisfacimento dei creditori (ed a qualche salvataggio d'impresa)*, in *dirittodellacrisi.it*, cit.

³⁰ In tal senso, non a caso, si è espressa la più autorevole dottrina: oltre a G. BOZZA, *Il concordato semplificato*, cit., 380, si vedano A. JORIO, *op. cit.*, 12; P. F. CENSONI, *op. cit.*, 20. In una direzione dubitativamente diversa, ma in termini non persuasivi, cfr. invece S. LEUZZI, *op. ult. cit.*, 18, ad avviso del quale il tribunale “non sembra tenuto a fissare, per economia del processo e logica del giudizio, l'udienza di omologazione, adottando piuttosto, immantinente, un provvedimento di inammissibilità della domanda”.

³¹ Cfr. i *Dati UnionCamere aggiornati al 15 ottobre 2023*, in *ristrutturazioniazionali.ilcaso.it*, 20 ottobre 2023, in base ai quali nel 79,39% dei casi è stato nominato come esperto un dottore commercialista.

Se così non fosse, del resto, la (pretesa ma insussistente) valenza ostativa del “giudizio” dell’esperto comporterebbe una inaccettabile “delega in bianco” dell’attività giurisdizionale a un soggetto che alla giurisdizione è estraneo; il che appare viepiù inconcepibile ove si consideri che tale relazione non è in alcun modo impugnabile.

Del resto, anche chi parla, in dottrina, di “condizioni di ordine formale”³² non esclude – né per vero sarebbe possibile – che sulla loro sussistenza possa insorgere qualche incertezza (e che su di ciò debba giocoforza pronunciarsi il tribunale).

Non a caso, la più recente e avvertita giurisprudenza ha confermato le misure protettive e richiesto all’esperto il prescritto parere a dispetto delle conclusioni, da questi assunte nella propria relazione finale, circa l’insussistenza del requisito della buona fede e correttezza³³: conclusioni confutate dal debitore (in modo verosimilmente persuasivo nel proprio ricorso *ex art. 25 sexies*, dato appunto il tenore del provvedimento), e comunque destinate a essere vagliate *funditus* nella sede omologatoria prevista dalla legge.

Ne consegue, in definitiva, che il tribunale, per poter nominare l’ausiliario, è chiamato a valutare la correttezza e la completezza del percorso relativo alla presentazione della domanda, con esclusione di ogni valutazione di merito circa la relazione finale dell’esperto, che contiene anche le considerazioni sulla correttezza e buona fede del debitore durante la fase della negoziazione, e circa il parere sui presumibili risultati della liquidazione, il cui complessivo vaglio è affidato dalla legge – si torna a dire – al (solo) giudizio di omologazione, nell’imprescindibile contraddittorio con il debitore.

Ciò evidentemente vale, per così dire, in entrambi i sensi di marcia e cioè tanto se l’esperto abbia concluso per l’assenza quanto per la sussistenza dei requisiti di legge, avendo il tribunale il potere-dovere, in sede di omologazione, di discostarsi dalle sue conclusioni ogniqualvolta ne venga dimostrata l’erroneità.

E nell’ipotesi in cui il tribunale si orienti nel senso della mancanza di detti requisiti, al debitore non resta altro, per scongiurare la liquidazione giudiziale, che presentare, sussistendone i presupposti, una domanda di concordato

³² S. PACCHI, *Concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio*, in S. PACCHI - S. AMBROSINI, *Diritto della crisi e dell’insolvenza*, Bologna, 2023, 104. Di “condizioni di procedibilità” parla al riguardo M. SPIOTTA, *Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio*, cit., 416.

³³ Trib. Vicenza, 20 ottobre 2023, inedito.

preventivo³⁴, sottoponendosi però giocoforza, a quel punto, al giudizio dei creditori.

In ultima analisi, è il corretto ed equilibrato esercizio delle prerogative giudiziali a costituire, nell'impalcatura del concordato semplificato, l'antidoto, *in thesi* efficace, tanto al carattere coattivo di questa tipologia di concordato *sui generis* quanto a ciò che altrimenti rappresenterebbe un corollario indesiderato – ed invero inaccettabile – del ricorso a questo istituto: la “tirannia” dell'esperto, intesa come automatica dipendenza degli esiti della procedura dall'esclusiva valutazione di un soggetto estraneo alla giurisdizione.

4. Cenno ai pareri dell'esperto e dell'ausiliario

Merita infine riservare un cenno al contenuto dei pareri che sono rispettivamente chiamati a rendere, in momenti diversi, l'esperto e l'ausiliario³⁵.

Quanto al primo, la norma parla – come già si diceva – dei “presumibili esiti della liquidazione”.

Ciò significa che il professionista a suo tempo designato per la composizione negoziata deve esprimere la propria opinione, indipendentemente dall'esito di quest'ultimo percorso, in ordine a quelli che appaiono come i risultati che ragionevolmente si potranno ritrarre dalla vendita dei beni - unitariamente o atomisticamente considerati - sulla base del contenuto del piano concordatario; e ciò sia per quanto attiene all'entità della *recovery* a beneficio dei creditori, sia per quanto concerne le tempistiche del loro soddisfacimento.

Dalle finalità di detto elaborato, oltre che dalla formulazione della norma, si evince chiaramente che esula dal perimetro di indagine qualsivoglia comparazione con l'alternativa della liquidazione giudiziale, espressamente menzionata dal legislatore, invece, quando ha voluto renderla oggetto di un elaborato indipendente (basti pensare al disposto dell'art. 87, c. 3, sullo scrutinio dell'attestatore circa l'idoneità del piano a riconoscere a ciascun creditore “un trattamento non deteriore rispetto a quello che riceverebbe in caso di liquidazione giudiziale”).

Oltre a ciò, il parere dell'esperto deve fare riferimento alle “garanzie offerte”.

L'espressione, che è la stessa usata nell'art. 105 sul contenuto della relazione commissariale nel concordato preventivo (dove si precisa “ai creditori”), attiene

³⁴ Nello stesso senso, fra gli altri, A. JORIO, *op. cit.*, 12; G. FICHERA, *op. cit.*, 206

³⁵ Sui pareri dell'esperto e dell'ausiliario cfr. G. BOZZA, *Il concordato semplificato*, cit., 335 ss. e 384 ss., nonché A. PICCOLO, *Sub art. 25 sexies*, cit., 179.

certamente alle eventuali garanzie reali e personali prestate da terzi a supporto della sostenibilità del piano, ma sembra potersi riferire anche a quelle situazioni – quali una proposta di acquisto o un impegno a versare del denaro nelle casse del debitore – che siano tali da corroborare la fattibilità, soprattutto economica, del piano.

Analogamente a quanto previsto dall'art. 105, non pare trattarsi di elemento indefettibile, cioè prescritto a pena di inammissibilità della proposta, ferma tuttavia l'anzidetta rilevanza delle "garanzie" in questione ai fini del giudizio omologatorio di fattibilità.

Per questa attività dell'esperto, ulteriore alla scrittura della relazione finale nell'ambito della composizione negoziata, pare doversi riconoscere un compenso aggiuntivo, risultando altrimenti iniqua l'equiparazione al caso in cui il suo compito si esaurisca con il deposito di quest'ultima.

Con riguardo al parere dell'ausiliario, nulla dice l'art. 25 *sexies* in ordine al suo contenuto. Esso sembra nondimeno potersi ricavare, *per relationem*, dal tenore del quinto comma di questa previsione in tema di controlli demandati al tribunale, ad ausilio del quale il professionista in questione è per l'appunto nominato. Non tanto, evidentemente, ai fini della soluzione di questioni prettamente giuridiche quali la regolarità del contraddittorio e del procedimento o il rispetto dell'ordine delle cause di prelazione, quanto piuttosto con riferimento alla fattibilità del piano di liquidazione, all'utilità assicurata a ciascun creditore e – in questo caso sì – all'assenza di pregiudizio rispetto alla liquidazione giudiziale.

Una prerogativa specifica si evince dall'ultimo comma della norma, che richiama fra gli altri l'art. 106, "sostituita la figura del commissario con quella dell'ausiliario": donde la necessaria segnalazione degli atti di frode eventualmente riscontrati. Pur con la precisazione che si ritiene difetti, in capo all'ausiliario, quella profondità indagatoria tipica della funzione commissariale³⁶. Va ad ogni modo evidenziato che molti compiti commissariali non sono richiamati dalla legge in quanto già in precedenza espletati dall'esperto.

Altri compiti ben possono essere attribuiti all'ausiliario nel provvedimento di nomina, come in effetti di regola accade in sede di applicazione dell'art. 68 c.p.c. Il tribunale può quindi demandargli, sempre in vista del proprio vaglio omologatorio, la verifica della veridicità dei dati aziendali (tanto più in ragione

³⁶ A. PICCOLO, Sub *art. 25 sexies*, cit. 179.

dell'assenza, in questa procedura, della figura dell'attestatore), nonché, probabilmente, una prognosi sui risultati attesi³⁷, anche perché rientrante nel controllo di fattibilità economica, sebbene tale compito sia espressamente attribuito dalla legge all'esperto (dove qualche possibile rischio di "sovrapposizione").

Se dunque sono queste, in sintesi, le funzioni che la legge demanda all'esperto e all'ausiliario, può concludersi che le anzidette attività risultano complessivamente idonee a supportare in modo adeguato il tribunale ai fini dell'omologazione o meno del concordato.

³⁷ M. SPIOTTA, *Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio*, cit., 420.

Quaderni
di
Ristrutturazioni Aziendali
Anno 2023 – Fascicolo II

Sezione II - Giurisprudenza

Il Tribunale di Ravenna sulla composizione negoziata di gruppo ex art. 25 CCII

Tribunale di Ravenna, 24 febbraio 2023. Giudice Gilotta.

Composizione Negoziata – Gruppo di società – Continuità aziendale – Previsione di messa in liquidazione di alcune società – Sussistenza di ragionevoli prospettive di risanamento del gruppo – Conferma dell'applicazione delle misure protettive – Ammissibilità

Nell'ambito della composizione negoziata di gruppo, ex art. 25 CCII, ove le prospettive di risanamento enunciate dalla ricorrente appaiono orientate, previa ristrutturazione e riduzione del perimetro, alla conservazione della articolazione amministrativa e gestionale facente capo alla holding e, così, delle economie generate dall'attività di direzione e coordinamento da quest'ultima rivolta ad un nucleo (più ristretto ma nondimeno significativo) di società controllate, può ritenersi – sia pur con i limiti dell'accertamento sommario in sede di conferma delle misure protettive – che la previsione della liquidazione di alcune società del perimetro non contraddica la sussistenza di una prospettiva ragionevole di risanamento del gruppo.

Composizione Negoziata – Strumenti di soluzione della crisi ex art. 23 CCII – Accordo di Ristrutturazione ex art. 57 CCII – Previsione di accesso a detta procedura – Ammissibilità

Non è preclusivo, ai fini dell'accesso alla composizione negoziata, la circostanza che le ragionevoli prospettive di risanamento siano collegate all'eventuale omologazione di un accordo di ristrutturazione ad efficacia estesa ex artt. 57 e 61 CCII, che costituisce senz'altro uno sbocco normativamente previsto della composizione negoziata, sia pur per il caso – per così dire, subordinato – che le trattative non abbiano condotto ad una delle soluzioni ex art. 23 co. 1 CCII, essendo l'omologazione di un accordo ex art. 57 e ss. CCI normativamente configurata quale soluzione perfettamente praticabile in esito al percorso di composizione, sia pur secondariamente rispetto alle opzioni favorite dal legislatore, onde appare legittimo, per l'imprenditore che chieda la nomina dell'esperto, assumere già in partenza l'obiettivo secondario dell'accordo di ristrutturazione, in quanto realisticamente ritenuto più conveniente, e con l'ovvio limite dell'abuso.

Composizione Negoziata – Accordo di Ristrutturazione ex art. 57 CCII – Richiesta di applicazione di misure protettive del patrimonio ex artt. 18 e

19 CCII – Possibilità concorrente con il ricorso generale alle protettive ex art. 54 CCII – Sussistenza

Nel caso in cui il debitore in composizione negoziata prefiguri lo sbocco di un accordo di ristrutturazione ex art. 57 ss. CCII da raggiungere con i propri creditori, ben può chiedere la conferma delle misure protettive del proprio patrimonio, attesa la sovrapponibilità pressoché perfetta dello strumento concorsuale ex artt. 18 e 19 CCII con lo strumento generale delle misure protettive ex art. 54 c.3 CCII (misure protettive nel caso di c.d. pre-accordo, derivato dall'art. 182 bis c.6 l. fall.). Deve, dunque, convenirsi che il debitore abbia a disposizione, nel carnet processuale offerto dal CCII, e pur quando palesi l'intento di voler addivenire all'omologazione di un accordo di ristrutturazione, tanto la soluzione della composizione negoziata quanto quella del c.d. pre-accordo, senza che l'opzione per l'una rispetto all'altra possa configurarsi in sé come abusiva.

Composizione Negoziata – Gruppo di società – Previsione di messa in liquidazione di alcune società – Sussistenza di ragionevoli prospettive di risanamento – Conferma dell'applicazione di misure protettive per l'intero gruppo – Ammissibilità

È astrattamente ammissibile la concessione di misure protettive per tutte le società del gruppo, malgrado per alcune di esse si preveda la soluzione liquidatoria. Valorizzando la logica unitaria della continuità di gruppo, potrebbe, infatti, riconoscersi utilità ad uno stay protettivo esteso all'intero perimetro societario ove, ad esempio, volessero realizzarsi surplus di tipo economico strettamente dipendenti dalla gestione unitaria e coordinata della liquidazione di cespiti patrimoniali afferenti alle società del gruppo destinate alla liquidazione. In tale ottica, la prospettiva di ragionevole risanamento del gruppo, per la sua parte destinata alla prosecuzione dell'impresa, potrebbe pure nutrirsi di un programma liquidatorio di tipo coordinato e amministrativamente accentrato, tale da massimizzare il risultato economico della liquidazione (es. consentendo un risparmio di costi), e tale, dunque, da fondare l'interesse ad un'estensione dell'efficacia protettiva delle misure al più ampio raggio possibile.

[omissis] letto il ricorso con cui F. G. S.p.a. ha chiesto la contestuale conferma delle misure protettive ritualmente richieste ai sensi dell'art. 18 CCI, tramite tempestivo ricorso depositato entro il giorno successivo alla pubblicazione in R.I. (12.01.2023) della comunicazione di accettazione dell'Esperto e di applicazione delle misure protettive;

dato atto che il ricorso contiene la documentazione prescritta dall'art. 17 c. 3 CCI, come integrata dall'art. 25 c. 3 CCI, ovvero: 1) i bilanci degli ultimi tre esercizi, relativi agli anni 2019, 2020 e 2021 relativi alla Capogruppo e (ove disponibili) alle controllate; 2) una situazione patrimoniale e finanziaria aggiornata al 31 ottobre 2022 della Capogruppo (doc. 13) e delle società del Gruppo (doc. 14); 3) l'elenco dei creditori delle società del Gruppo, con indicazione dei primi dieci per ammontare e dei relativi indirizzi di PEC, se disponibili, oppure degli indirizzi di posta elettronica non certificata per i quali sia verificata o verificabile la titolarità della singola casella (doc. 15); 4) un Progetto di Piano di Risanamento redatto secondo le indicazioni della lista di controllo di cui all'articolo 13, comma 2, CCII contenente un piano finanziario per i successivi sei mesi e un prospetto delle iniziative che il Gruppo intende adottare (doc. 16); 5) una dichiarazione avente valore di autocertificazione attestante, sulla base di criteri di ragionevolezza e proporzionalità, che l'impresa può essere risanata; 6) l'accettazione dell'Esperto nominato ai sensi dell'articolo 13, commi 6, 7 e 8; nonché, ulteriormente, 7) la relazione contenente informazioni analitiche sulla struttura del gruppo e sui vincoli partecipativi o contrattuali (doc. 18); 8) l'indicazione del registro delle imprese o dei registri delle imprese in cui è stata effettuata la pubblicità ai sensi dell'articolo 2497-bis del codice civile (doc. 19); 9) il bilancio consolidato di gruppo al 31.12.2021 (cfr. doc. 12)

rilevato che l'odierna domanda si innesta, dunque, nell'ambito della composizione negoziata di gruppo *medio tempore* avviatasi, ed è quindi proposta dalla ricorrente quale società (cd. *holding*) che, in base alla pubblicità prevista ex art. 2497 bis c.c., esercita attività di direzione e coordinamento sulle altre società ed enti costituenti il perimetro di gruppo (cfr. art. 25 c. 4 CCI) [omissis]

Dato atto che, con decreto emesso in data 17.01.2023 veniva, dunque, fissata l'udienza del 15.02.2023 e, nelle more, si costituivano numerosi creditori (si tralascia l'indicazione nominativa e si rimanda al verbale d'udienza del 15.02.2023), alcuni dei quali (segnatamente: * s.r.l.; *) si opponevano alla concessione della conferma richiesta;

All'udienza del 15.02.2023, verificate l'osservanza delle prescrizioni impartite in punto di notificazione e la regolare costituzione del contraddittorio, venivano assegnati termini alla ricorrente e all'esperto per il deposito di brevi note d'udienza, deposito effettuato da ultimo in data 17.01.2023.

Si osserva quanto segue.

1. Preliminarmente, occorre rilevare la correttezza formale del ricorso e l'insussistenza di cause di cessazione *ex lege* delle misure protettive ex art. 19 c. 6 CCI; può inoltre rilevarsi come la domanda di conferma sia posta nell'ottica di offrire protezione allo svolgimento delle trattative - della cui pendenza ha dato atto l'esperto nelle note scritte autorizzate - svolte in via unitaria e nelle prospettive dell'accesso, ancora in via unitaria, ad uno dei possibili sbocchi elencati all'art. 23 CCI.

Sotto tale profilo, quindi, si evidenzia come il progetto di risanamento, esteso ovviamente all'intero passivo del perimetro di gruppo, intenda avvalersi delle leve

finanziarie e delle sinergie dell'aggregazione societaria, destinando flussi finanziari generati dalla continuità aziendale (e, forse, pure di provenienza terza, data l'allegazione dell'interessamento di un possibile investitore) di un numero ristretto delle società del perimetro (segnatamente, F. J., F. M., F. M. e F. T., oltre a F. G.) a favore del complessivo indebitamento di gruppo e, quindi, anche a favore di creditori particolari di società controllate di cui è prevista la cessazione e la liquidazione. La traslazione finanziaria è prevista, dapprima, a favore della holding e, poi, nell'ambito di non meglio precisate procedure concorsuali, messa a disposizione (non è chiaro il veicolo giuridico, pur potendosi ragionevolmente escludere il finanziamento prededucibile infragruppo ex art. 25 c. 8 CCI, essendo escluso in ritorno *in bonis* delle società sovvenzionate) delle controllate cessate. Risulta espresso l'intendimento di addivenire all'omologazione di un accordo di ristrutturazione ad efficacia estesa, con il regime di vantaggio previsto ex art. 23 co. 2 lett. b) CCI, procedimento idoneo ad offrire l'adeguata cornice giuridica entro cui realizzare il descritto piano di risanamento trasversale.

Rispetto a tale nucleo meramente descrittivo del progetto del piano di risanamento, v'è da rilevare la circostanza di fatti sopravvenuti, in parte di tipo peggiorativo (di cui è fatta analitica menzione nelle note d'udienza autorizzate di parte ricorrente, ossia, soprattutto, l'esclusione dal perimetro della continuità di F. M. M. s.r.l., originariamente ricompresa, e la risoluzione di uno dei contratti di affitto facenti capo a F. J. s.r.l.) che, per pacifica ammissione, hanno reso inattendibili, tanto le assunzioni relative alle prospettive finanziarie nell'arco piano, quanto gli esiti del *test* pratico condotto sulla piattaforma informatica. Viene, tuttavia, confermata, nelle intenzioni della *holding*, la volontà di addivenire ad una soddisfazione quanto meno parziale del complessivo indebitamento di gruppo, sia pur in un arco piano di 5 anni, compreso il corrente (2023-2027).

L'Esperto, dal canto suo, non ha mancato di rilevare alcune ulteriori criticità (alcune delle quali opportunamente emendate, quali quelle relative alla mancata esposizione del credito verso il presidente del CdA della *holding*), quali soprattutto l'impossibilità, evidenziata dall'organo di controllo, di esprimere una valutazione di completezza ed attendibilità sulla situazione contabile al 31.10.22 depositata dalla ricorrente.

Sotto il profilo della verifica della concreta possibilità di risanamento, l'Esperto ha, comunque espresso la propria positiva valutazione, sia pur rappresentando l'inidoneità del piano di risanamento a dare affidabile riscontro, tanto dei flussi finanziari effettivamente ricavabili dalla continuità, quanto – e correlativamente – delle possibilità di percentuali di soddisfo dei creditori concorsuali, anche – può ritenersi – alla luce delle lacune tuttora esistenti circa ad es. il trattamento del passivo erariale.

2. Venendo quindi alla domanda di conferma delle misure protettive, sul piano del *fumus*, inteso come la sussistenza di una condizione di crisi o pre-crisi a fronte della quale è ragionevolmente prospettabile una possibilità di risanamento, può ritenersi che esso sussista, sia pure con le precisazioni e limitazioni meglio illustrate dappresso.

2.1.

In primo luogo, deve ritenersi *prima facie* coerente con l'obiettivo di risanamento, proprio della composizione negoziata, la previsione di un ridimensionamento del perimetro di gruppo e, quindi, la liquidazione di una parte anche consistente delle società soggette alla attività di direzione e coordinamento della *holding* ricorrente.

Appare infatti necessario, concordemente alla *ratio* che ispira l'art. 25 CCI, doversi apprezzare l'aggregazione societaria, e così il suo risanamento, adottando una prospettiva di tipo sostanziale, che consenta, cioè, di identificare il gruppo quale complesso delle sinergie organizzative e gestionali, di tipo verticale ed orizzontale, che correlano fra loro le singole componenti. Di modo che possa ritenersi – d'accordo con la migliore dottrina – che la continuità di gruppo sussista ogniqualvolta tali sinergie risultino, all'esito del risanamento, sostanzialmente preservate, sia pur nel quadro di un ridimensionamento del perimetro di gruppo; ciò in ragione dell'assunto – implicitamente riconosciuto e fatto proprio dal Legislatore del Codice – che il valore della continuità di gruppo non corrisponda alla somma atomistica di quello delle sue componenti, potendo apprezzarsi indipendentemente dalla sorti di taluna di queste ultime, e dovendosi dunque tutelare quale bene in sé.

Poiché, allora, le prospettive di risanamento enunciate dalla ricorrente appaiono orientate, previa ristrutturazione e riduzione del perimetro, alla conservazione della articolazione amministrativa e gestionale facente capo alla *holding* e, così, delle economie generate dall'attività di direzione e coordinamento da quest'ultima rivolta ad un nucleo (più ristretto ma nondimeno significativo) di società controllate, può ritenersi – sia pur con i limiti del presente accertamento sommario – che la previsione della liquidazione di alcune società del perimetro non contraddica la sussistenza di una prospettiva ragionevole di risanamento del gruppo.

2.2 Si ritiene, inoltre, non preclusivo all'accesso al mezzo della composizione (e, a cascata, all'odierno strumento protettivo) il fatto che, tanto la ricorrente, quanto l'Esperto correlino le possibilità di risanamento all'eventuale omologazione di un accordo ad efficacia estesa, che costituisce senz'altro uno sbocco normativamente previsto della composizione negoziata, sia pur per il caso – per così dire, subordinato – che le trattative non abbiano condotto ad una delle soluzioni ex art. 23 co. 1 CCI.

Sul punto, deve infatti banalmente rilevarsi, in primo luogo, l'impossibilità di predeterminare o prevedere gli esiti delle trattative, specialmente allo stato precoce nelle quali esse versano, onde l'astratta possibilità che si addivenga, nonostante i richiami espliciti del ricorrente e dell'Esperto, ad una delle soluzioni primariamente elencate dall'art. 23. In secondo luogo, deve rilevarsi come l'omologazione di un accordo ex art. 57 e ss. CCI sia normativamente configurata quale soluzione perfettamente praticabile in esito alla CNC, sia pur secondariamente rispetto alle opzioni favorite dal Legislatore, onde appare legittimo, per l'imprenditore che chieda la nomina dell'esperto, assumere già in partenza l'obiettivo secondario dell'accordo, in quanto realisticamente ritenuto più *affordable*, e con l'ovvio limite dell'abuso.

Proprio a tal ultimo riguardo, in particolare, è indubbio come, rispetto all'odierna domanda di conferma, sussista una sovrapposibilità pressoché perfetta con il mezzo *ex*

art. 54 co. 3 CCI (misure protettive nel caso di c.d. preaccordo - vd il “vecchio” art. 182 bis co. 6 l. fall.). Purtuttavia, si ritiene - anche in ragione di quanto immediatamente precisato dall’art. 54 c. 4 CCI - che l’imprenditore che intenda ottenere misure protettive abbia a disposizione, nel *carnet* processuale offerto dal Codice, e pur quando palesi l’intento di voler addivenire all’omologazione di un accordo di ristrutturazione, tanto la soluzione della CNC quanto quella del preaccordo, senza che l’opzione per l’una rispetto all’altra possa configurarsi in sé come abusiva.

Del resto, alle gravose formalità richieste per l’accesso alle misure protettive nel preaccordo, fa da *pendant*, in sede di composizione negoziata, oltre alla completa *disclosure* della condizione di crisi, la presenza dell’Esperto e, dunque, la sostanziale eterodirezione delle trattative, ciò che non consente di ritenere quest’ultima opzione “di comodo”, elusiva degli oneri allegatori di cui all’art. 54 c. 3 CCI. Peraltro, le percentuali di favore previste per il caso di accordo ad efficacia estesa stipulato in esito alla CNC (cfr. art. 25 co. 2 lett. b) CCI) fondano il legittimo interesse processuale dell’imprenditore in crisi, atto a sostenere, tra le opzioni parimenti disponibili, la preferenza per la domanda di nomina dell’esperto rispetto a quella ex art. 54 co. 3 CCI.

2.3 Quanto appena precisato, consente già di respingere le ragioni di opposizione formulate da *, dal momento che, pur ove si ritenesse il credito da questa vantato insuscettibile di essere negoziato nell’ambito delle trattative (al di fuori di una specifica disciplina legislativa sulla falsariga di quella prevista per il credito erariale), ciò non sarebbe comunque preclusivo alla omologazione di un accordo *ex art. 57 e ss. CCI*, evidentemente non impedita da un eventuale dissenso di uno o più creditori, sia pure fondato sulla giuridica impossibilità di concessioni transattive. La presunta non negoziabilità del credito concesso a F. J., dunque, non appare in sé preclusiva dell’accesso di tale società alla composizione negoziata; né, tantomeno, impeditiva dello specifico sbocco processuale preconizzato dalla ricorrente.

2.4 Ciò chiarito, tornando al *fumus*, deve quindi concludersi per la sua sussistenza, ma limitatamente alle società del Gruppo per le quali è prevista la continuità.

Infatti, in disparte la considerazione che l’Esperto stesso ha offerto una valutazione prognostica favorevole solo per le società in continuità, deve rilevarsi che la suddetta prognosi è operata, per certi versi, “al buio”, non essendovi il riscontro attendibile di alcuna delle assunzioni di piano adottate nel programma di risanamento, a causa dei fatti sopravvenuti prima accennati. Neppure è dato il riscontro di completezza e veridicità dei dati contabili al 30.10.2022, ciò che ulteriormente impedisce di formulare proiezioni attendibili sulla capacità finanziaria del gruppo, nella sua composizione ristretta, che si vorrebbe tale da offrire soddisfazione pure di posizioni creditorie di altre società esterne dal perimetro della continuità.

Tuttavia, nonostante la carenza di dati certi, è ragionevolmente ipotizzabile, per le società per le quali è prevista la prosecuzione dell’attività - sia pur in via presuntiva e con riserva di meglio approfondire tali aspetti in sede di eventuale proroga - che, una volta positivamente rinegoziati gli affitti commerciali e, dunque, confermata la materiale disponibilità delle strutture presso cui svolgere le gestioni alberghiere,

potranno realizzarsi marginalità quanto meno idonee ad una ristrutturazione del debito ad esse pertinente. E, peraltro, sul piano empirico, potrà verificarsi la fondatezza di tale previsione già nel brevissimo periodo, dato che la profittevole gestione alberghiera delle strutture del gruppo sarà, per ragioni stagionali, prestissimo messa alla prova.

2.4.1 Di contro, non è dato, nemmeno sul piano presuntivo e congetturale, apprezzare la *ratio* di misure protettive estese alle società del gruppo destinate già in partenza alla cessazione dell'attività e alla liquidazione.

Occorre precisare, sul punto, che astrattamente – pur sul presupposto dell'assoluta incompatibilità concettuale tra risanamento e cessazione dell'attività – valorizzando la logica unitaria della continuità di gruppo, potrebbe riconoscersi utilità ad uno *stay* protettivo esteso all'intero perimetro societario ove, ad esempio, volessero realizzarsi *surplus* di tipo economico strettamente dipendenti dalla gestione unitaria e coordinata della liquidazione di cespiti patrimoniali afferenti alle società del gruppo destinate alla liquidazione.

In tale ottica, la prospettiva di ragionevole risanamento del gruppo, per la sua parte destinata alla prosecuzione dell'impresa, potrebbe pure nutrirsi di un programma liquidatorio di tipo coordinato e amministrativamente accentrato, tale da massimizzare il risultato economico della liquidazione (es. consentendo un risparmio di costi), e tale, dunque, da fondare l'interesse ad un'estensione dell'efficacia protettiva delle misure al più ampio raggio possibile.

Però, di tale astratta possibilità e della volontà programmatica di favorire economie di scala connesse alla struttura organizzativa del gruppo non è dato alcun riscontro agli atti del ricorso (se si esclude un fugace riferimento al recupero e alla valorizzazione di finanziamenti infragruppo, che però scontrerebbero la postergazione *ex art. 2497 quinquies* c.c. nel caso preannunciato di liquidazione) ove, piuttosto, si rimarca la volontà di scollegare definitivamente le sorti del gruppo *in bonis* da quelle delle sue fronde divenute ormai irrevocabilmente improduttive.

Dal canto suo, peraltro, il progetto di piano di risanamento – divenuto ormai privo di alcuna attendibilità – non specifica le ragioni economiche virtualmente sottese alla richiesta protezione dell'intero perimetro di gruppo, limitandosi a prefigurare (encomiabilmente, ma in via del tutto enunciativa), dapprima, l'assunzione, in senso ascendente, in capo alla *holding*, di parte dei proventi finanziari derivati dalla continuità (al netto di quanto occorrente al saldo delle posizioni debitorie relative alle società operative), e poi, la destinazione, in senso discendente, di tali fonti finanziarie a favore dei creditori delle società cessate.

A fronte della scarsa significanza di una tale prefigurazione, sul piano del sostrato economico necessario a ricollegarla utilmente ad un obiettivo di risanamento (ossia di ritorno *in bonis*) di gruppo, non resta che ribadire la constatazione dell'inconciliabilità tra risanamento e chiusura dell'attività, da cui il rigetto della conferma delle misure protettive limitatamente alle imprese societarie di cui è indicata l'imminente cessazione.

3. Quanto al *periculum*, nella declinazione particolare che esso assume nella presente materia (ossia idoneità e proporzionalità delle misure a garantire o favorire le trattative e l'obiettivo di risanamento, con il limite dell'eccessivo sacrificio imposto ai creditori), esso certamente sussiste. Infatti, la protezione del perimetro di gruppo in continuità appare esiziale specialmente sotto il profilo delle possibili iniziative negoziali - oltre che ovviamente cautelari ed esecutive - da parte di alcuni creditori non solo strategici ma, potrebbe dirsi, "consustanziali" alla stessa attività caratteristica del gruppo (la gestione alberghiera), ossia i proprietari dei "muri" entro cui si essa si svolge, che assicurano il valore materiale e immateriale dell'azienda in continuità. È ovvio, infatti, che le trattative in corso potranno avere *chances* di positiva (sia pur "secondaria", come detto) evoluzione verso il risanamento o la ristrutturazione del debito, solo ove venga sterilizzato, per un tempo congruo, il rischio della perdita definitiva del luogo fisico, infungibile, di esercizio corrente delle gestioni aggregate: ove ciò accadesse, svanirebbe all'istante qualunque possibilità di risanamento.

Peraltro, sotto il profilo della proporzionalità della protezione rispetto al sacrificio imposto ai creditori, può agilmente rilevarsi come l'assenza di significative voci di attivo patrimoniale in capo alle entità del gruppo, correlata al fatto che, per l'appunto, queste non hanno attivo immobiliare (mentre l'attivo mobiliare, può assumersi, è destinato ad una forte svalutazione in caso di liquidazione), impone una misurazione del sacrificio proporzionata alle ridotte possibilità di un recupero coattivo del credito, specialmente chirografario. Di contro, la sterilizzazione dei poteri di iniziativa individuale connessi alla concessione delle protettive tipiche, per un tempo congruo ma limitato, potrebbe favorevolmente (ed auspicabilmente) condurre, in tempi non apprezzabilmente eccedenti quelli di una esecuzione individuale, ad una maggiore soddisfazione dei creditori, pure chirografari. In particolare, con riguardo ai creditori-locatori - i quali legittimamente aspirano a liberarsi dell'inquilino moroso per ricollocare al più presto gli immobili sul mercato - può evidenziarsi come i tempi della risoluzione giudiziale e dell'esecuzione degli sfratti siano senz'altro tali da precludere la possibilità di una ricollocazione utile degli immobili, ossia tempestiva tanto rispetto alla stagione invernale corrente, quanto rispetto alla stagione estiva; onde, anche qui, una quantificazione del sacrificio commisurata alla perdita finanziaria generata dal disimpiego degli immobili nel periodo estivo, consente di apprezzare lo stesso sacrificio come ben bilanciato rispetto alle *chances* di una gestione in attivo, nel medesimo periodo, da parte dell'attuale affittuario in crisi reversibile.

Alla luce di quanto esposto, al fine di garantire alla ricorrente il tempo necessario per riarticolare il piano di risanamento, alla luce della complessità degli accertamenti e verifiche demandate all'Esperto, appare viepiù opportuno concedere il termine massimo di 120 gg.

4. Le ulteriori ragioni di opposizione formulate da *, * s.r.l., * appaiono meramente enunciative e generiche, ovvero, comunque, assorbite dalle superiori motivazioni.

5. La novità e complessità delle questioni trattate impone la compensazione integrale delle spese di lite.

P.Q.M.

- **Conferma** le misure protettive di cui all'art. 18 c. 1, c. 4 e c. 5 CCI, limitatamente al perimetro di gruppo costituito dalle seguenti società: F. J. s.r.l., F. M. s.r.l., F. M. s.r.l., F. T. s.r.l., F. G. s.p.a., confermandone altresì l'estensione erga omnes, esclusi i diritti di credito dei lavoratori;

- **Stabilisce** che le stesse abbiano durata di 120 gg decorrenti dalla data di pubblicazione in R.I. della relativa istanza (12.01.2023);

- **Non conferma** le misure protettive limitatamente alle società di seguito elencate: F. G. S.r.l., F. L. S.r.l., F. M. S.r.l., F. C. S.r.l., F. M. S.r.l., F. M. S.r.l., F. F. S.r.l.);

- Spese compensate.

Si comunichi alla parte ricorrente, all'Esperto, ai creditori costituiti.

Si comunichi, altresì, al Registro Imprese, entro il giorno successivo alla pubblicazione del presente provvedimento.

RAVENNA, 24/02/2023

Il Giudice

dott. Paolo Gilotta

Composizione negoziata e finanza prededucibile: il caso Sampdoria

Tribunale di Genova, 9 giugno 2023. Est. Andrea Balba.

Composizione negoziata – Domanda di autorizzazione a contrarre finanziamento prededucibile – Art. 22, comma 2, CCII – Nomina di un ausiliario

La nota squadra calcistica ha chiesto al Tribunale di Genova, ex art. 22, comma 1, lett. a) CCII, l'autorizzazione a contrarre un finanziamento prededucibile, ai sensi dell'art. 6 CCII, allo scopo di pagare i debiti sportivi e potersi, conseguentemente, iscrivere al campionato di serie B.

L'interessante provvedimento del Tribunale si è, anzitutto, posto il problema di individuare “quale sia in concreto l'oggetto di verifica del Tribunale propedeutico all'accoglimento della domanda”, posto che (i) “l'imprenditore in composizione negoziata non subisce alcuna limitazione nella gestione dell'impresa restando in sua potestà l'adozione di ogni atto di ordinaria o straordinaria amministrazione” e, pertanto, (ii) “l'autorizzazione richiesta non attiene al finanziamento in sé ma alla particolare qualità che al credito viene riconosciuta per il caso di successiva liquidazione giudiziale”.

La risposta al quesito offerta dal Tribunale genovese individua il perimetro della propria valutazione nella “verifica della sostenibilità del complessivo fabbisogno finanziario come aggravato dall'ulteriore finanza richiesta”, vale a dire – in concreto – nella presenza di: “1) funzionalità del finanziamento alla continuità di impresa; 2) funzionalità del finanziamento alla migliore soddisfazione dei creditori”.

In relazione alla verifica della sussistenza del secondo requisito, si è ritenuto necessario “analizzare la probabilità di successo del superamento della crisi di impresa [...] con particolare riferimento alla sostenibilità dell'ulteriore debito contratto”, evitando “che le nuove risorse finanziarie siano destinate ad essere bruciate nella prosecuzione sterile dell'attività che non offra prospettive future di effettivo risanamento”. Allo scopo, dunque, il Tribunale ha ritenuto “che tale accertamento richieda, in affiancamento, la nomina di un ausiliario come espressamente previsto dall'art. 22, comma 2, CCI che richiama l'art. 68 c.p.c.”.

[omissis] Letto il ricorso depositato da Unione Calcio Sampdoria spa in data 8.6.23 con cui, ex art. 22, comma 1, lett. a) CCI la società ha domandato l'autorizzazione a contrarre un finanziamento prededucibile ai sensi dell'art. 6 CCI;

in particolare, la società ricorrente ha domandato l'autorizzazione per chiede che l'Illustrissimo Tribunale adito, voglia autorizzare l'emissione del POC da parte della Società e la relativa sottoscrizione da parte dell'Investitore, fino a concorrenza dell'importo complessivo di Euro 30.000.000,00, come meglio descritto in narrativa, ai sensi dell'art. 22, comma 1, lett. a), CCII, in quanto funzionale alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori.

considerato che il suddetto ordito normativo subordina l'autorizzazione del Tribunale alla verifica della funzionalità dell'atto per cui si chiede l'autorizzazione rispetto alla continuità aziendale ed alla migliore soddisfazione dei creditori;

osserva quanto segue.

L'Unione Calcio Sampdoria spa ha domandato l'autorizzazione a contrarre il suddetto finanziamento prededucibile con lo scopo precipuo di pagare i debiti sportivi entro la data del 20.6.23, pagamento assolutamente necessario, secondo le regole dell'ordinamento sportivo, per potersi iscrivere al campionato di serie B.

Ha evidenziato come la mancata iscrizione al campionato cadetto comporterebbe la necessità per la società di ripartire dai campionati dilettantistici con ogni conseguenza sotto il profilo economico e la completa disgregazione di ogni valore aziendale (parco giocatori, diritti televisivi ecc).

Come è noto l'imprenditore in composizione negoziata non subisce alcuna limitazione nella gestione dell'impresa restando in sua potestà l'adozione di ogni atto di ordinaria o straordinaria amministrazione.

L'autorizzazione richiesta, conseguentemente, non attiene al finanziamento in sé ma alla particolare qualità che al credito viene riconosciuta per il caso di successiva liquidazione giudiziale.

Il riconoscimento della prededucibilità al finanziamento in pendenza della composizione negoziata, infatti, si pone come elemento utile e necessario per garantire all'imprenditore la finanza in funzione della prosecuzione dell'attività di impresa e del risanamento complessivo assicurando il finanziatore sulla recuperabilità del medesimo in un contesto, quello della crisi di impresa, in cui è essenzialmente difficile se non impossibile ottenere nuova finanza per garantire la continuità.

Occorre domandarsi, conseguentemente, quale sia in concreto l'oggetto di verifica del Tribunale propedeutico all'accoglimento della domanda.

Come è già stato precisato dalla giurisprudenza intervenuta sul tema (Trib Bergamo 5.7.22 in www.ilcaso.it) *“se infatti le garanzie concesse al soggetto che ricorre al procedimento di negoziazione assistita e la possibilità dell'imprenditore di avvalersi di meccanismi di protezione del suo patrimonio, sono strumentali a conseguire il risanamento dell'impresa, appare evidente la necessità di verifica, da parte dell'autorità giudiziaria, cui è stata rimessa l'autorizzazione a contrarre un finanziamento prededucibile, dell'elemento oggettivo su cui l'imprenditore ha avuto accesso alla composizione negoziata che è lo squilibrio economico finanziario che rende probabile la crisi o l'insolvenza purché risulti ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa”*

Ad avviso di questo ufficio il ragionevole perseguimento del risanamento dell'impresa impone al Tribunale di verificare la probabilità di successo del risanamento tramite lo strumento prescelto dall'imprenditore e, nel caso di autorizzazione al finanziamento prededucibile, la verifica della sostenibilità del complessivo fabbisogno finanziario come aggravato dall'ulteriore finanza richiesta.

Conseguentemente il perimetro di valutazione del Tribunale è il seguente:

- 1) Funzionalità del finanziamento alla continuità di impresa;
- 2) Funzionalità del finanziamento alla migliore soddisfazione dei creditori.

Al riscontro di tali requisiti deve aggiungersi il dovere del Tribunale di verificare la probabilità di successo del superamento della crisi di impresa alla luce della modalità indicata/prescelta dell'imprenditore con particolare riferimento alla sostenibilità dell'ulteriore finanza richiesta. Quest'ultimo elemento è immanente alla composizione negoziata che in quanto ha ragione di proseguire in quanto sia perseguibile il risanamento dell'impresa, e la sua valutazione è propria e piena in capo al Tribunale.

In nessun modo può essere surrogato da atti dichiarativi e/o autocertificativi di parti, anche se indipendenti.

Va ricordato, infatti, che non siamo ancora all'interno del perimetro di cui all'art. 57 CCI (ipotizzato quale strumento risolutivo della crisi da parte di SCS spa) e l'intervento del Tribunale, in conseguenza del riconoscimento della prededucibilità del finanziamento, impone la più attenta ed approfondita valutazione della domanda nell'interesse dei creditori.

Interesse che non coincide con la mera prosecuzione dell'attività caratteristica ma piuttosto con la continuazione dell'attività quando probabile sia il risanamento dell'impresa.

In mancanza di quest'ultimo riscontro l'autorizzazione deve essere negata nell'interesse della massa dei creditori.

Tutto ciò premesso può ora passarsi ad esaminare nel merito la domanda.

Il riscontro del requisito sub 1 appare evidente. Come sopra riportato, l'imprenditore ha dichiarato di avere la necessità della finanza ponte per poter pagare entro la data del 20.6.23 i debiti sportivi richiesti dall'ordinamento speciale al fine di potersi iscrivere al campionato di serie B.

Il piano di risanamento individua come presupposto proprio l'iscrizione al campionato cadetto cui sono collegati i maggiori flussi finanziari derivanti dai diritti televisivi, dalle sponsorizzazioni e dei ricavi da stadio.

Le suddette risorse, infatti, sono direttamente proporzionali al campionato in cui si gareggia e la ripartenza dal livello dilettantistico porterebbe al quasi azzeramento delle relative entrate.

La permanenza nel campionato cadetto, differentemente, anche nell'ipotesi che la stessa si protragga oltre una sola stagione (elemento preso in considerazione quale ipotesi deteriore) appare allo stato idoneo a garantire maggiori flussi di cassa rispetto all'attività dilettantistica e/o alla liquidazione. Maggiori flussi di cassa necessari alla continuità aziendale.

Questo pare sufficiente per ritenere sussistente il requisito richiesto.

Ma al Tribunale spetta anche la valutazione della “*migliore soddisfazione dei creditori*”.

Si chiede all’ufficio di verificare se quanto si otterrà dalla continuazione dell’attività di impresa sia migliorativo, nell’ottica della soddisfazione dei creditori attuali dell’impresa in crisi, in primis rispetto alla cessazione dell’attività e della sua liquidazione.

Anche in questo caso la sussistenza del requisito pare riscontrata.

L’alternativa liquidatoria deve ritenersi tendenzialmente limitata ai valori immobiliari in portafoglio al netto delle spese di liquidazione e poco altro, valori lontanissimi rispetto all’indebitamento certificato superiore ad oggi ad € 200 milioni (allo stato neppure il marchio della società risulta in proprietà della stessa). Lo scioglimento dei contratti dei calciatori conseguenti alla liquidazione non permetterebbe alcun effettivo realizzo dai relativi valori (per quanto ridotti dal passaggio in serie B).

Ecco che a questo punto non resta che analizzare la probabilità di successo del superamento della crisi di impresa alla luce della modalità indicata/prescelta dell’imprenditore con particolare riferimento alla sostenibilità dell’ulteriore debito contratto.

Si vuole evitare, infatti, che le nuove risorse finanziarie siano destinate ad essere bruciate nella prosecuzione sterile dell’attività che non offra prospettive future di effettivo risanamento.

Ritiene il Tribunale che tale accertamento richieda, in affiancamento, la nomina di un ausiliario come espressamente previsto dall’art. 22, comma 2, CCI che richiama l’art. 68 c.p.c.

In ragione del brevissimo tempo a disposizione, considerando la estrema tardività del deposito della presente istanza (8.6.23) in rapporto al tempo per il quale è domandata una decisione utile (20.6.23), nonostante la composizione negoziata penda da febbraio ed il fatto che la presente istanza in realtà contenga un supporto documentale pressoché analogo rispetto a quella di proroga misure protettive depositata in data 3.6.23, pare congruo assegnare all’ausiliario termine fino al 19.6.23.

Spetterà alla ricorrente organizzare fin da subito le attività conseguenziali all’eventuale accoglimento della presente istanza per non perdere la scadenza essenziale del 20.6.23

P.Q.M.

Il Tribunale, in composizione monocratica, visto l’art. 22, comma 2 CCI e l’art. 68 c.p.c.;

NOMINA quale ausiliario il dott. Stefano Gorgoni con studio in Pavia, Piazza del Carmine 1, per esprimere il proprio motivato parere sul seguente quesito:

“*vista la documentazione agli atti del fascicolo, richiesta, ove ritenuta necessaria, ogni informazione e/o documentazione alla ricorrente ed all’esperto nominato in sede di composizione negoziata, dica se il piano di risanamento prospettato dall’impresa*

abbia probabilità di successo in vista del superamento della crisi di impresa con particolare riferimento alla sostenibilità dell'ulteriore finanziamento richiesto".

ASSEGNA all'ausiliario termine fino al 19.6.23 ore 9,00 per il deposito del proprio motivato parere.

Così deciso in Genova, il 09/06/2023, ore 8,50

Il Giudice
Andrea Balba

Nuova istanza di conferma delle misure protettive e opposizione del creditore

Tribunale di Ancona, 4 agosto 2023. G.D. Mantovani.

Composizione negoziata – Misure protettive – Esperto – Proroga incarico – Opposizione

Il Tribunale di Ancona ha confermato le misure protettive e cautelari (nonostante un primo diniego) per tutto il periodo di durata dell'incarico dell'esperto a seguito di proroga dello stesso ex art. 17 comma CCII e nonostante l'opposizione del creditore procedente.

Il Giudice anconetano si è pronunciato in tema nuova istanza di conferma delle misure protettive con particolare riferimento all'iniziativa nel frattempo assunta da uno dei creditori tenendo conto dell'istanza di proroga del termine di durata dell'incarico conferito all'esperto nonché del verbale dal quale si desume l'espressa richiesta di proroga proveniente dall'esperto che ne ha dedotto la necessità al fine di proseguire le trattative in corso.

Il Giudicante ha ritenuto ammissibile l'istanza essendo stati dedotti fatti nuovi che consistono nella iniziativa esecutiva di un creditore, nonché nella concreta prosecuzione delle trattative con i creditori e vista la proroga dell'incarico in favore dell'esperto da parte della Camera di Commercio di Ancona.

Il Tribunale ha affermato -vista la funzionalità delle misure protettive ad assicurare il buon esito delle trattative- il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari sul patrimonio della ricorrente e sui beni e diritti attraverso i quali viene esercitata l'attività di impresa fino alla scadenza del termine di durata dell'incarico dell'esperto (180 giorni), termine superiore rispetto alla durata delle misure protettive ex art. 19 comma 4 CCII e comunque sino alla definizione della procedura di composizione negoziata.

[omissis] Con istanza di accesso alla procedura di composizione negoziata e di nomina di un esperto ex artt. 12 e ss. del CCII depositata in data 2.11.2022 tramite piattaforma telematica * S.r.l., ha domandato altresì l'applicazione di misure protettive del proprio patrimonio ex artt. 18 e ss. del medesimo CCII al fine di esperire utilmente il procedimento di composizione negoziata della crisi in cui versa.

La pubblicazione nel registro delle imprese della suddetta istanza e dell'accettazione dell'esperto nominato, Dott. * è intervenuta in data 7.12.2022. A seguito della mancata conferma, da parte dell'adito Tribunale, delle misure protettive richieste nell'ambito del procedimento iscritto a ruolo con n. R.G. 4949/2022, con ricorso depositato in data 12.07.2023 la ricorrente ha proposto una nuova istanza di conferma delle misure

protettive con particolare riferimento all'iniziativa nel frattempo assunta da uno dei creditori, allegando al ricorso l'istanza di proroga del termine di durata dell'incarico conferito all'esperto nominato dall'apposita commissione costituita presso la Camera di commercio di Ancona nonché il verbale dal quale si desume l'espressa richiesta di proroga proveniente dall'esperto che ne ha dedotto la necessità al fine di proseguire le trattative in corso.

Con decreto del 13.07.2023 questo giudice, dopo aver verificato la competenza del Tribunale di Ancona, la tempestività del ricorso, la completezza della documentazione allegata, nonché la tempestività rispetto al termine di durata dell'incarico conferito all'esperto, ha fissato l'udienza del 19.07.2023 per la comparizione delle parti e dell'esperto dinanzi a sé, assegnando alla istante il termine per la notifica del ricorso e dello stesso decreto all'esperto ed ai creditori legittimati passivamente.

All'udienza fissata è comparso l'esperto, Dott. * nonché il ricorrente, con l'Avv. Calò, il quale ha fornito prova di aver richiesto la pubblicazione del Registro delle imprese del numero di ruolo generale del presente procedimento, nel termine di 30 giorni dalla pubblicazione dell'istanza di applicazione delle misure protettive, nonché prova della notifica del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza. È altresì comparso il creditore * con l'Avv. * il quale ha insistito per il rigetto della misura protettiva riportandosi alla propria memoria. A fronte della richiesta delle parti, il Giudice ha concesso termine per il deposito di note scritte, riservando all'esito l'emissione dei conseguenti provvedimenti.

Lette le note depositate dalle parti ed il parere dell'esperto nominato Dott. *

ritenuta l'ammissibilità dell'istanza essendo stati dedotti fatti nuovi che consistono, da un lato, nella iniziativa esecutiva del creditore * in danno della ricorrente, nonché nella concreta prosecuzione delle trattative con i creditori (circostanza evidenziata e confermata anche dall'esperto nominato);

vista la proroga dell'incarico in favore dell'esperto da parte della Camera di Commercio di Ancona;

rilevato che dalla documentazione in atti, emerge l'avanzamento dello stato delle trattative con i creditori, circostanza che consiglia di impedire le azioni esecutive individuali fino all'esito delle trattative stesse poiché, diversamente opinando verrebbe di fatto vanificata la finalità di risanamento della crisi aziendale in una fase stragiudiziale anche in ossequio alla *ratio* del CCII che tende a privilegiare la composizione negoziata della crisi quale strumento di risoluzione della crisi aziendale in una fase anticipata;

rilevato che lo stato delle trattative, nonché il contenuto della proposta del ricorrente appaiono, seppure ai limitati fini che occupano, astrattamente idonei a perseguire l'obiettivo del risanamento in termini maggiormente proficui rispetto ad una alternativa meramente liquidatoria, da ritenere, come ribadito, *extrema ratio*;

ritenuto conclusivamente come le richieste misure protettive risultino funzionali ad assicurare il buon esito delle trattative tutt'ora in corso e che appare necessario, al fine di non arrecare inutile pregiudizio all'attività dell'istante e di consentire che le trattative

si svolgano con continuità della medesima attività, disporre a carico del creditore * ai sensi dell'art. 19, comma 4, CCII, il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari sul patrimonio della ricorrente e sui beni e diritti attraverso i quali viene esercitata l'attività di impresa fino alla scadenza del termine di durata dell'incarico dell'esperto e quindi sino alla definizione della procedura di composizione negoziata della crisi mandando all'esperto di segnalare tempestivamente ogni fatto sopravvenuto o successivamente accertato che possa giustificare la revoca della misura o l'abbreviazione della sua durata, ai sensi e per gli effetti dell'art. 19 , comma 6, CCII.

P.T.M.

Il G.D. accoglie il ricorso presentato da * S.r.l., nell'ambito del procedimento di composizione negoziata per la soluzione della crisi di impresa di cui al CCII e, per l'effetto, visti gli artt. 18 e 19 del medesimo CCII:

dispone il divieto di del * in liquidazione, di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari sul patrimonio della ricorrente e sui beni e diritti attraverso i quali viene esercitata l'attività di impresa,

dispone che il suddetto divieto operi sino alla definizione della procedura di composizione negoziata della crisi e comunque fino alla scadenza del termine di durata dell'incarico dell'esperto.

manda all'esperto di segnalare tempestivamente al G.D. ogni fatto sopravvenuto o successivamente accertato che possa giustificare la revoca della misura o l'abbreviazione della sua durata;

manda alla Cancelleria per la comunicazione della presente ordinanza alle parti ed al Registro delle imprese entro il giorno successivo al deposito.

Ancona, 04/08/2023

Il Giudice
Dr.ssa Maria Letizia Mantovani

Il Tribunale di Mantova sulla modifica e sulla esecuzione della proposta di concordato semplificato

Tribunale di Mantova, 19 ottobre 2023. Pres. Gibelli. Est. Bernardi.

Concordato semplificato – Modifica della proposta – Ammissibilità

Concordato Semplificato – Fase esecutiva – Modalità

Deve ritenersi consentito al debitore modificare la proposta di concordato semplificato trovando applicazione in via analogica, in virtù della regola di cui all'art. 12 disp. prel. c.c., la disciplina prevista per il concordato preventivo dagli artt. 47, comma 4, e 107 CCI.

La fase esecutiva del concordato semplificato deve essere realizzata secondo le regole di trasparenza, pubblicità e competitività proprie della procedura di concordato preventivo per effetto del richiamo contenuto, rispettivamente, negli artt. 25 septies co. 1 e 25 septies co. 8 CCI. agli artt. 114 (nei limiti della compatibilità) e 118 CCI.

- sciogliendo la riserva di cui al verbale del 19-10-2023 così provvede:
- letto il ricorso n. 1/23 depositato in data 12-5-2023 da ... s.r.l. (con sede legale in ...; C.F.:(;) ai sensi degli artt. 25 sexies e segg. del d. lgs. 14/2019, concordato dichiarato aperto con decreto del Tribunale emesso in data 1-6-2023;
- dato atto della tempestività del ricorso depositato entro sessanta giorni dalla comunicazione all'imprenditore di cui all'art. 17 co. 8 CCI e della relazione redatta dall'esperto ex art. 17 co. 8 CCI;
- ritenuta la competenza di questo Tribunale ex art. 28 CCI posto che il trasferimento della sede legale della società da ... a ... è avvenuto il 24-4-2023 (v. Cass. 12-4-2023 n. 9730);
- vista la relazione dell'esperto dott. ...;
- esaminato il parere dell'ausiliario dott. ...;
- osservato che la società istante, in data 3-7-2023 e in concomitanza con il deposito del parere da parte dell'ausiliario nominato ex art. 25 sexies co. 3 CCI, ha presentato una modifica della originaria proposta di concordato semplificato anche per effetto delle interlocuzioni avvenute *medio tempore* con l'ausiliario;
- ribadito quanto già espresso con decreto del 6-7-2023 e cioè che, sebbene non espressamente previsto dalla lacunosa disciplina contenuta nell'art. 25 sexies CCI, deve ritenersi consentito al debitore modificare la proposta in analogia con quanto previsto

per il concordato preventivo dagli artt. 47 co. 4 e 107 CCI (norme peraltro applicabili, sia pure nei limiti della compatibilità, anche al concordato minore: v. art. 65 co. 2 e 74 co. 4 CCI) e avuto riguardo al *favor* chiaramente manifestato dal legislatore per le soluzioni della crisi di impresa alternative alla liquidazione giudiziale, evidenziandosi che, secondo l'orientamento espresso dalla giurisprudenza di legittimità, per poter ricorrere al procedimento per analogia, regolato dall'art. 12 disp. prel. c.c., è necessario che: a) manchi una norma di legge atta a regolare direttamente un caso su cui il giudice sia chiamato a decidere; b) sia possibile ritrovare una o più norme positive (cd. analogia legis) o uno o più principi giuridici (cd. analogia iuris) il cui valore qualificatorio sia tale che le rispettive conseguenze normative possano essere applicate alla fattispecie originariamente carente di una specifica regolamentazione, sulla base dell'accertamento di un rapporto di somiglianza tra alcuni elementi (giuridici o di fatto) della fattispecie regolata ed alcuni elementi di quella non regolata (cfr. Cass. S.U. 6-12-2021 n. 38596; Cass. 8-8-2005 n. 16634), situazione che ricorre nel caso di specie, posto che anche il concordato semplificato rientra tra gli strumenti negoziali e preventivi della soluzione della crisi di impresa e che le poche disposizioni che regolano l'istituto richiamano in più punti la disciplina del concordato preventivo (v. artt. 25 sexies co. 2, 6 e 8 e art. 25 septies co. 1);

- rilevato, in aggiunta, che ove non fosse ritenuta ammissibile la modifica della proposta concordataria, il debitore non avrebbe la possibilità di ripresentare la domanda di concordato semplificato stante il termine previsto dall'art. 25 sexies co. 1 CCI, in tal modo precludendosi una più agile possibilità di soluzione della crisi di impresa;

- osservato che la proposta, come modificata, è migliorativa per il ceto creditorio in considerazione del maggiore apporto di finanza esterna promesso, pur essendo prevista una maggiore dilazione (di un anno) dei tempi previsti per l'esecuzione del concordato;

- rilevato che il passivo (comprensivo degli oneri di procedura) ammonta a € 8.150.730,00 e l'attivo a € 826.795,00 cui debbono aggiungersi € 190.000,00 a titolo di finanza esterna;

- esaminato il parere redatto dall'ausiliario dott. ... in data 3-7-2023 nonché la nota di aggiornamento del 18-10-2023 e rilevato che la stessa, pur evidenziando la esiguità del fondo di riserva appostato, ha nondimeno ribadito, anche nel corso della udienza, la fattibilità della proposta concordataria;

- rilevato che non è stata formulata opposizione all'omologazione da parte dei creditori cui la proposta modificata con il parere dell'ausiliario è stata ritualmente notificata;

- osservato che la proposta concordataria (di tipo esclusivamente liquidatorio) prevede il pagamento integrale dei crediti in prededuzione e dei creditori privilegiati ai sensi dell'art. 2751 bis n. 1 e 2 c.c., il pagamento parziale dei creditori privilegiati ai sensi del d.l. 3/2015 ed infine il soddisfacimento dei creditori chirografari nella misura minima del 1,5 % e, comunque, in misura non superiore al 2% del loro credito;

- rilevato che la proposta intende soddisfare i creditori, in un arco temporale di 36 mesi, mediante la liquidazione del patrimonio aziendale (costituito solo da beni mobili

e rimanenza di magazzino, da crediti e da liquidità) e la distribuzione dell'apporto di finanza esterna pari a € 190.000,00;

- osservato che i creditori sono stati suddivisi in quattro classi di seguito elencate:

1) spese di procedura (compreso il compenso dell'ausiliario) e onorario dei professionisti che hanno prestato assistenza per la procedura di concordato;

2) creditori privilegiati ai sensi dell'art. 2751 bis n. 1 e n. 2 c.c.;

3) appostazioni a fondo rischi in privilegio da destinarsi al creditore potenziale Mediocredito Centrale e al creditore contestato BPM;

4) creditori chirografari ab origine e creditori privilegiati declassati al chirografo per incapienza delle risorse aziendali;

- ritenuto che la distribuzione dell'attivo rispetta le cause di prelazione come specificamente indicato alle pagine 6 e 7 del parere dell'ausiliario;

- considerato che il piano concordatario appare fattibile richiamandosi in proposito le deduzioni svolte dall'ausiliario alle pagine 13 e segg. del parere e rilevandosi che la liquidità acquisita (anche per effetto delle vendite effettuate in corso di procedura) e quella messa a disposizione come finanza esterna è già sufficiente per il soddisfo delle prime due classi;

- ritenuto che il piano sia sorretto da adeguate garanzie posto che l'importo di € 150.000,00 è oggetto di deposito fiduciario di assegni presso il notaio dott. G. Bezzi, aggiungendosi che, alla stregua delle delucidazioni espresse nel corso dell'udienza di omologa, risultano appostati adeguati fondi per fare fronte ad eventuali sopravvenienze passive;

- osservato che la proposta concordataria non pregiudica gli interessi dei creditori sia in considerazione del rilevante apporto di finanza esterna (che difetterebbe in caso di liquidazione giudiziale) sia perché non appaiono del tutto certi la fondatezza e l'esito di eventuali azioni risarcitorie;

- considerato che la proposta concordataria assicura una utilità (unicamente in forma di corresponsione di somme di denaro) a ciascun creditore e che non risulta che la società abbia posto in essere atti in frode ai creditori;

- ritenuto che la fase esecutiva del concordato debba essere attuata, come da dispositivo, nel rispetto delle regole di trasparenza, pubblicità e competitività in virtù della applicabilità degli artt. 114 (nei limiti della compatibilità) e 118 CCI, richiamati rispettivamente dagli artt. 25 septies co. 1 e 25 septies co. 8 CCI (sul punto vedasi Trib. Bergamo 26-4-2023);

- osservato che il liquidatore può essere designato nella persona del professionista indicato dalla società proponente non risultando elementi ostativi;

- rilevato che, in mancanza di opposizioni, nessuna statuizione deve essere adottata in ordine alle spese;

P.T.M.

- omologa il concordato semplificato proposto da ...s.r.l. (con sede legale in ...; C.F.: ...) come da proposta del 3-7-2023;

- nomina quale Giudice Delegato il dott. Mauro P. Bernardi;
- nomina quale liquidatore la dott. ...;
- designa a componenti del Comitato dei Creditori ... – Presidente; ... – Componente e ... – Componente;
- dispone che il liquidatore
 - prenda in consegna i beni della società nonché le somme messe a disposizione a titolo di finanza esterna;
 - provveda alla liquidazione, previo esperimento di procedure competitive con le modalità di cui all'art. 114 co. 4 CCI (compresa la pubblicazione sul portale delle vendite pubbliche di cui all'art. 490 c.p.c. almeno trenta giorni prima della data prevista per la presentazione delle offerte) compiendo ogni atto (anche pubblico) diretto ad alienare i cespiti indicati nel piano alle condizioni allo stesso previste nonché ad incassare i crediti;
 - ponga in essere gli atti di ordinaria gestione senza alcuna limitazione, salva la previa autorizzazione del comitato dei creditori sia per conferire incarichi a professionisti di ogni genere che per determinare i compensi ad essi spettanti;
 - depositi le somme incassate e quelle giacenti su Banco Posta nel conto bancario già aperto presso BCC Garda n. ..., provvedendo ai pagamenti dei creditori secondo quanto previsto nel piano, previa redazione di un progetto di distribuzione da sottoporre all'approvazione del comitato dei creditori e comunicato al Giudice Delegato e con assegnazione ai creditori di un termine di 15 giorni affinché possano formulare eventuali osservazioni;
 - rediga, ex art. 114 co. 5 CCI, ogni semestre un rapporto riepilogativo delle attività svolte accompagnato dal conto della sua gestione, trasmettendo copia del rapporto, unitamente agli estratti del conto bancario relativo al periodo, al comitato dei creditori per le loro eventuali osservazioni scritte, provvedendo a comunicare tali atti al pubblico ministero e ai creditori;
 - renda il conto della gestione, una volta terminate le operazioni di liquidazione e riparto, ai sensi dell'art. 114 co. 6 CCI;
 - depositi le somme spettanti ai creditori contestati, condizionali o irreperibili presso l'Ufficio Postale di Mantova nelle forme stabilite per i depositi giudiziali, indicando come modalità dello svincolo l'emissione da parte dell'intestato Tribunale di provvedimento autorizzativo dei pagamenti agli aventi diritto;
 - nulla per le spese.

Si comunichi alla società ricorrente, al liquidatore e al Pubblico Ministero nonché al Registro Imprese.

Mantova, 19 ottobre 2023.

Il Presidente
dott. Andrea Gibelli

Parere (negativo) dell'esperto e nomina dell'ausiliario: un esempio di esercizio "virtuoso" del controllo giudiziale

Tribunale di Vicenza, 09 novembre 2023. Pres. Limitone. Est. Saltarelli.

Con questo importante, ancorché sintetico, provvedimento il Tribunale di Vicenza ha fatto luogo alla nomina dell'ausiliario e alla fissazione dell'udienza di omologazione pur in presenza del parere negativo dell'esperto per asserita mancanza di buona fede nelle precedenti trattative; parere motivatamente criticato nel ricorso del debitore.

In tal modo si è correttamente demandata al giudizio omologatorio ogni valutazione sul punto, onerando l'ausiliario di verificare nel proprio parere "se la condotta tenuta dalla società in sede di trattative sia stata o meno conforme a correttezza e buona fede". Ferma l'ultima parola da parte del Tribunale su questo aspetto e sugli altri indicati dall'art. 25 sexies, c. 5, da pronunciarsi appunto in sede di omologazione.

Visto il ricorso per l'omologazione della proposta di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio ex art. 25-sexies CCII presentato il 3.10.2023 dalla società * con sede in *, in forza di delibera dell'amministratore unico ex art. 120-bis CCII, verbale * con la difesa del * presso il cui studio ha eletto domicilio giusta procura in atti;

rilevato che la società ha depositato, unitamente al piano di liquidazione, la seguente documentazione ex art. 39 CCII:

- le scritture contabili e fiscali obbligatorie e le dichiarazioni dei redditi concernenti i tre esercizi o anni precedenti (ovvero l'intera esistenza dell'impresa o dell'attività economica o professionale, se questa ha avuto una minore durata);
- le dichiarazioni IRAP e le dichiarazioni annuali IVA relative ai medesimi periodi;
- i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi;
- una relazione sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria aggiornata;
- uno stato particolareggiato ed estimativo delle attività;
- un'idonea certificazione sui debiti fiscali, contributivi e per premi assicurativi;
- l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione;
- l'elenco nominativo di coloro che vantano diritti reali e personali su cose in suo possesso e l'indicazione delle cose stesse e del titolo da cui sorge il diritto;
- una relazione riepilogativa degli atti di straordinaria amministrazione di cui all'art. 94 comma 2 CCII, compiuti nel quinquennio anteriore;

rilevato che l'istante aveva attivato la procedura di composizione negoziata della crisi e che, nella relazione finale di cui all'art. 17 comma 8 CCII del 3.8.2023, l'esperto ha dichiarato che le trattative non si sono svolte secondo correttezza e buona fede, che non hanno avuto esito positivo e che le soluzioni individuate ai sensi dell'art. 23 commi I e 2 lettera b) CCII non sono praticabili;

tenuto conto che la proposta è stata depositata nel termine di sessanta giorni dalla comunicazione della predetta relazione;

sentita la relazione del Giudice incaricato;

ritenuta la propria competenza e la ritualità della proposta;

visto il parere dell'esperto ex art. 25-*sexies* comma 3 CCII, con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie offerte;

visto l'art. 25-*sexies* CCII;

P. Q. M.

nomina ausiliario ex art. 68 c.p.c. il *

dispone che il medesimo depositi, entro 60 giorni, il parere di cui all'art. 25-*sexies* comma 4 CCII, al fine di verificare:

- se la condotta tenuta dalla società in sede di trattative sia stata o meno conforme a correttezza e buona fede;

- che le cause di prelazione siano rispettate;

- che il piano di liquidazione sia fattibile;

- che la proposta non arrechi pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale e comunque assicuri un'utilità a ciascun creditore, considerati i presumibili risultati della liquidazione e le garanzie offerte;

ordina al debitore di comunicare la proposta, il parere dell'ausiliario, la relazione finale e il parere dell'esperto ai creditori risultanti dall'elenco depositato ai sensi dell'art. 39 CCII, con le modalità previste dall'art. 25-*sexies* comma 4 CCII, entro il 12.1.2024;

fissa per l'omologazione l'udienza del 7.3.2024 ore 12:00 avanti al Collegio.

Si comunichi.

Vicenza, 9/11/2023

Il Giudice est.
dott.ssa Silvia Saltarelli
Il Presidente
dott. Giuseppe Limitone

Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali

ISSN 2785-6348

Centro Studi Giuridici Editore - [IL CASO.it](http://ILCASO.it)