

— 2021 —



DIRITTO DELLA
CRISI

www.dirittodellacrisi.it

Il concordato preventivo semplificato: un'innovazione solo per i debitori meritevoli, funzionale al migliore soddisfacimento dei creditori (ed a qualche salvataggio d'impresa)*

di Antonio Pezzano e Massimiliano Ratti , Avvocato in Firenze e Avvocato in La Spezia

19 Ottobre 2021

*Le riflessioni qui esposte rappresentano, a seguito dell' approvazione definitiva in Senato del disegno di legge di conversione del D.L. 118/2021, un approfondimento del contributo di prossima pubblicazione nell'opera collettanea curata da M.Pollio ed editata da Italia Oggi.

Una riflessione a quattro mani sul nuovo concordato semplificato e sulla sua dimensione operativa.

Riproduzione riservata

Sommario:

1. Le finalità del concordato preventivo semplificato
2. Tentativo di composizione negoziata e concordato semplificato: unitarietà procedimentale
3. I vari modelli di concordato semplificato
4. I cogenti presupposti del concordato semplificato
5. Senza voto ma con controllo giudiziale
6. Il procedimento
7. L'assenza (ininfluente) della transazione fiscale e (rilevante ove definitiva) delle classi
8. L'omologazione

9. La fase esecutiva

10. Prime conclusioni

1. Le finalità del concordato preventivo semplificato

Scevro da possibili quanto semplicistici condizionamenti [1], con il Decreto legge 118/2021, oramai al *rush* finale della conversione, [2] il Legislatore *post* emergenziale, stimolato dai “suggerimenti” provenienti da autorevoli consessi [3], oltre che dai precetti della Direttiva *Insolvency* 1023/2019, ha dato vita, congiuntamente ed in sinergia con l’innovativa composizione negoziata per la soluzione della crisi d’impresa, ad una funzionale forma di concordato preventivo liquidatorio, [4] aperta anche al salvataggio in continuità indiretta delle imprese “meritevoli”, sia oggettivamente che soggettivamente, [5] procedura estesa in termini soggettivi anche alle imprese agricole e, più in generale, alle imprese non assoggettabili al fallimento ex art. 1 comma 2 l.fall..

Trattasi del concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio che si colloca necessariamente a valle e, nel solo caso di (apertura ma successivo) insuccesso, del “processo” di negoziazione [6] e che trova adeguata ed esaustiva regolamentazione nell’intervento riformatore, sia nella sua fase genetica e sino all’omologa (art. 18) che nella sua fase esecutiva (art. 19).

Il fattore tempo e la sburocratizzazione della procedura stanno alla base di questo percorso che ha il pregio di individuare, sino a rimuovere, le briglie che non consentono di accelerare la liquidazione di beni, quali sono le aziende, che divengono logicamente appetibili quando ancora “pulsano” e sono riconvertibili nel mercato.

La immediata e prioritaria valorizzazione dell’attivo non è una novità del sistema, considerato che già l’art. 104-ter comma 7 l.fall. “suggerisce” la dismissione, ancor prima dell’approvazione del programma di liquidazione, così come nel concordato con riserva è ammesso il perfezionamento di atti traslativi, autorizzati ex art. 161 comma 7 l.fall., ancor prima del deposito della domanda “piena”.

Da qui l’esigenza di disporre d’uno strumento eccezionale, snello e che non si pone in contrasto con i principi degli artt. 7, comma 3 e 7, nonché 9 par. 2 della Direttiva *Insolvency* 1023/2019, in grado di favorire una rapida liquidazione [7], per evitare

che il ritardo possa aggravare il “pregiudizio” che già i creditori sono costretti a subire dalla crisi (se non dall’insolvenza) del proprio interlocutore economico.

2. Tentativo di composizione negoziata e concordato semplificato: unitarietà procedimentale

In termini assolutamente sostanzialistici si immagini di proiettare la fase della composizione negoziata come una sorta di concordato con riserva (seppur spogliata del regime concorsuale ed estranea al “circuito” giudiziale [8] , ove tuttavia possono essere perfezionati, con l’autorizzazione del tribunale di cui all’art.10, anche atti di natura straordinaria, con effetti financo traslativi dell’azienda e per di più stabilizzati anche in caso di accesso alla procedura qui in esame, come opportunamente dispone l’art. 12 comma 1) che può approdare ad una serie di iniziative del debitore, giocoforza dettate, oltreché dal livello di gravità dello stato di crisi e dalla sua potenziale reversibilità, dall’esito infruttuoso o meno delle trattative.

Il presupposto oggettivo del concordato semplificato è, pertanto, una condizione di squilibrio patrimoniale o reddituale finanziario dell’imprenditore (ma non necessariamente dell’impresa che può risultare ancora appetibile) che fuoriesce dall’originaria percezione di “probabilità” d’uno stato di crisi [9] , per sfociare nella sua effettiva contezza sino allo stato patologico terminale dell’insolvenza.

In ogni caso, deve sussistere, ai sensi dell’art. 5 comma 5, un’iniziale - e perdurante per tutta la composizione - valutazione dell’esperto di concreta prospettiva di risanamento, poi non attuatasi in uno degli scenari previsti dai commi 1 e 2 dell’art. 11, in difetto della quale, l’istanza di composizione negoziata della crisi viene archiviata, ma con riflessi di successiva improcedibilità anche per il concordato semplificato, ai sensi del combinato disposto degli artt. 11 comma 3 e 18 comma 1.

Invece, quando l’esperto, aperta la composizione (poi comunque non archiviata per sopravvenuta valutazione dell’insussistenza delle concrete prospettive di risanamento), [10] registra poi “il fallimento” delle trattative - e pertanto l’impossibilità di concludere una delle tre tipologie di accordi di cui all’art. 11 comma 1, come anche l’impraticabilità degli Accordi di ristrutturazione estesi “facilitati” di cui al successivo comma -, redige una relazione che ai sensi dell’art.5 comma 8 comunica al debitore (e al Giudice delle misure protettive e cautelari), [11] inserendola nella piattaforma telematica di cui all’art. 3, dando così inizio al decorso

del *countdown* di sessanta giorni per poter presentare una proposta di concordato per cessione dei beni, unitamente al piano di liquidazione e ai documenti indicati nell'articolo 161, comma 2, lettere *a), b), c), d)*, l.fall..

Trattasi, peraltro, di un termine che dovrebbe essere ricompreso nel periodo “franco fallimento” di cui all'art. 6, comma 4: difatti, essendo stata inibita con la disposizione *de qua* unicamente la pronuncia della sentenza di fallimento [12], ben potrebbe il debitore essere stato già sentito in camera di consiglio e quindi la pronuncia esser pronta al deposito non appena dovesse giungere la comunicazione di archiviazione della composizione di cui all'art. 5 comma 8.

Va evidenziato che, dopo la conversione in legge del decreto, dovrà sussistere come presupposto soggettivo, in condivisibile consequenzialità rispetto al disposto dell'art.4, comma 4, la dichiarazione dell'esperto “*che le trattative si sono svolte secondo correttezza e buona fede*”: una confortante neo meritevolezza - almeno nella peculiare sede concorsuale in esame - si riaffaccia in sede concordataria.

Vi è subito da chiedersi se potranno sorgere contestazioni su tale dichiarazione che l'esperto dovrà rendere nella sua relazione finale, anche perché, per come la disposizione è stata formulata nel testo oramai destinato all'approvazione, correttezza e buona fede riguarderebbero la trattativa in se' e non specificatamente il comportamento del solo debitore.

E ragionevole immaginare che, almeno allorché si incorra nell'ipotesi in cui correttezza e buona fede non riguardino il debitore, come, ad esempio, nel caso in cui una banca non abbia partecipato “*alle trattative in modo attivo e informato*” (art.4, comma 6), e quindi sicuramente in modo non corretto, l'imprenditore possa aspirare il concordato semplificato, nonostante la relazione dell'esperto debba “certificare” che le trattative non si sono svolte secondo correttezza.

3. I vari modelli di concordato semplificato

Le tipologie di piani liquidatori non sono state opportunamente delineate dalla norma, ragion per cui, la *cessio bonorum* può assumere i connotati più variegati, tanto che la proposta può fondarsi su di un piano liquidatorio [13]:

i) “puro”, estrinsecandosi nel mero obbligo di mettere a disposizione dei creditori l'intero patrimonio dell'impresa e senza l'assicurazione di alcuna, neppure minima, percentuale soddisfattiva [14], così come già avviene per le imprese “sotto soglia”

nella liquidazione “controllata” di cui agli artt. 14 *ter*-14 *terdecies* L. 3/12 (nonché artt. da 273 a 281 CCII) [15];

ii) “misto” e con garanzia [16], ma, stante l’omesso richiamo all’ultimo capoverso dell’art. 160 l.fall., senza dover essere accompagnato dall’obbligo di assicurare il pagamento d’una somma in percentuale pari almeno al 20% [17] dell’ammontare dei crediti chirografari [18], ivi inclusi gli eventuali prelatizi degradati (nel qual caso, con necessaria finanza esterna [19]);

iii) preceduto da una continuità indiretta e con effetti traslativi differiti all’omologa oppure nelle more del procedimento concordatario semplificato (art. 19 comma GGDD 2 e 3);

iv) con assunzione [20] da parte d’un terzo (od un creditore) che adempie la proposta accollandosi, con effetto cumulativo o liberatorio, i debiti dell’impresa per come risultanti all’esito del processo di ristrutturazione, a fronte del trasferimento di tutte le attività concordatarie (ivi inclusi, anche i rapporti e le situazioni giuridiche attive) [21].

4. I cogenti presupposti del concordato semplificato

In ogni caso, il piano deve essere fattibile ed il riparto del ricavato della liquidazione deve essere ancorato al rispetto dell’ordine delle cause di prelazione, declinato, quale presupposto di legittimità, sulla scorta dei precetti generali degli artt. 2740 e 2741 c.c. alla luce della previsione dell’art. 18 comma 5 in ordine alla comparazione (dell’assenza di pregiudizio) rispetto alla liquidazione fallimentare in cui, appunto, detti canoni risultano recepiti all’art. 54 comma 1 l.fall. (superandosi così anche il mancato richiamo dell’art. 169 l.fall. a tale disposizione). [22]

L’omesso richiamo all’art. 160 comma 2 l.fall., tra i presupposti di legittimità, pare così essere colmato [23], anche perché la differente valenza espansiva che la norma assume in sede di ammissione, approvazione (ad esempio per il trattamento dei creditori prelatizi, anche speciali in punto di iva di rivalsa) e di omologa, viene giustificata nel concordato semplificato dal pieno controllo giudiziale in ogni fase, a fronte dell’assenza del meccanismo di voto, oltre che dalla possibilità di *cram down* in caso di opposizioni - finalmente senza alcuna limitazione quantistica - da parte di qualsiasi creditore non integralmente soddisfatto.

Viene, comunque, implicitamente ammessa non solo la soddisfazione minimale [24] , ma anche la soddisfazione “a zero” per i creditori (pure prelatizi degradati) incapienti, purché, come accennato, non sia in ogni caso pregiudizievole rispetto all’alternativo epilogo fallimentare e venga, comunque, assicurata, a ciascuno di loro, un’utilità, non necessariamente specificamente individuata ed economicamente [25] valutabile qual è invece quella di cui all’art. 161, comma 2, lett. e), l.fall. [26] .

5 . Senza voto ma con controllo giudiziale

Ciò non significa che ci troviamo innanzi ad una sorta di “condono”, visto che il tutto avviene, come già accennato, sotto la piena vigilanza del giudice [27] che, infatti, può avvalersi di ampi poteri officiosi, oltre che rispetto agli atti in frode, in punto fattibilità economica del piano, attestata, non da un professionista nominato dal debitore, bensì grazie agli approfondimenti di un suo ausiliario , oltre che dalla relazione dell’esperto della composizione negoziata fallita, che al riguardo dovrà attenersi alle linee guida di cui ai punti 13, 14.7. e 14.8. Sezione III del Decreto Dirigenziale 28 settembre 2021.

Ampi poteri anche nel senso che qualunque abuso potrà essere immediatamente represso, senza, dunque, neppure passare dall’apertura della - perciò irrituale - procedura di concordato, come, ad esempio, nel caso in cui già dalla relazione finale dell’esperto emerga una palese situazione di infattibilità del piano.

D’altra parte, a differenza dei concordati senza voto delle varie liquidazione coatte ed amministrazioni straordinarie, in cui è preminente la valutazione dell’interesse pubblico all’eventuale prosecuzione (o liquidazione) dell’impresa, l’interesse, invece, che nel concordato semplificato il Giudice deve valutare, e tutelare, è quello dei creditori a conseguire con la proposta, *recte* con il piano un soddisfacimento non deteriore rispetto a quello ricavabile dalla procedura fallimentare e che assicuri comunque un’utilità a ciascun creditore.

6 . Il procedimento

Sul piano procedurale il ricorso per concordato deve essere presentato al Tribunale competente per territorio, alla stregua di quanto previsto dall’art. 9 comma 1 l.fall. e segue l’*iter* pubblicistico e informativo di cui all’art. 161 comma 5 l.fall., quindi, con

trasmissione anche al Pubblico Ministero, il quale, oltre che intervenire nella neonata procedura concorsuale, potrà procedere in sede penale ai sensi dell'art. 236 l.fall.. E con il debitore che, difettando l'espresso richiamo (anche) all'art. 217-*bis* l.fall., forse neppure potrà fruire delle relative esimenti in caso di successivo fallimento (nonostante una tale interpretazione *in malam partem* sarebbe a rischio anche di tenuta costituzionale pensando alle nuove, e più ampie, guarentigie previste nell'obbligatoria antecedente fase della composizione negoziata e di cui all'art.12 comma 5). Ed, infatti, in sede di conversione del decreto si sta rimediando richiamando espressamente l'art.217-*bis* l.fall..

In linea con la condivisibile semplificazione perseguita dal legislatore, a differenza di quanto già avviene per il concordato ordinario (anche con riserva), non viene imposta l'approvazione e sottoscrizione della determina ex art. 152 l.fall..

In ogni caso, con la pubblicazione del ricorso, si apre il concorso con la cristallizzazione della massa passiva e viene aperta la porta alla disciplina della prededuzione di cui all'art. 111 l.fall; vengono, altresì, a determinarsi gli effetti "tipici" dello spossessamento attenuato, della improseguibilità delle azioni esecutive e cautelari (*automatic stay* già, in precedenza, eventualmente acquisito con il deposito della domanda di composizione negoziata) [28] e dell'inopponibilità delle formalità non iscritte ex art. 45 l.fall., richiamato dall'art. 169 l.fall..

L'omesso richiamo, invece, all'art. 169-*bis* l.fall. è logicamente correlato alle finalità di un concordato meramente liquidatorio ed alla struttura semplificata della relativa procedura; del resto, ove necessario, i contratti pendenti avranno già trovato durante l'antecedente fase della composizione negoziata un'equa regolamentazione grazie all'art. 10 comma 2, in un duplice intervento: una rideterminazione in buona fede delle condizioni contrattuali, stimolata dall'esperto e un contraddittorio, risolutore e provvisorio, dinanzi al tribunale, il quale, tenuto anche conto delle ragioni dell'altro contraente, può a sua volta rideterminare equamente le condizioni del contratto, temperando le esigenze della continuità aziendale con l'equilibrio tra le prestazioni, anche attraverso la corresponsione di un indennizzo.

D'altro canto, se è pur vero che, in difetto di richiamo dell'art.169-*bis* l.fall., non potrà autorizzarsi alcuno scioglimento contrattuale in danno del contraente *in bonis*, il Tribunale potrà sempre autorizzare, ai sensi del richiamato (invece) art. 167, comma 2, l.fall., il compimento di qualsiasi atto di straordinaria amministrazione funzionale al miglior esito del piano.

Il vaglio di “ammissione”, al pari di quanto già previsto nel concordato fallimentare, viene circoscritto al profilo di disamina della ritualità della proposta con acquisizione della (già evidentemente allegata) relazione finale dell’esperto, arricchita d’un ulteriore suo parere dedicato ai presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie offerte.

Ovviamente, come già accennato, anche in questa primordiale fase sarà rilevabile l’eventuale abuso di diritto allorché, ad esempio, già dalla relazione dell’esperto emergano manifesti profili di infattibilità o atti in frode (anche in conseguenza del compimento di atti pregiudizievoli di cui all’art.9 commi 3 e 4) ancor più facili da rilevare ora che l’esperto dovrà - qualora, come sembra, l’emendamento diverrà legge - dichiarare che “ *le trattative si sono svolte secondo correttezza e buona fede.*”

Diviene fondamentale, pertanto, sin dal deposito dell’avvio del procedimento di composizione negoziata della crisi, compiere la più ampia *disclosure* informativa, anche in merito ai pagamenti effettuati a favore dei creditori nella fase pregiudiziale di composizione negoziata, [29] per evitare l’arresto della procedura a causa del verificarsi di fattispecie sanzionabili con avvio del subprocedimento di cui all’art. 173 l.fall..

Vi è da reputare, in un’esegesi costituzionalmente orientata, che gli eventuali provvedimenti di mancata (ovvero avvenuta) “ammissione” o di relativa revoca ex art. 173 l.fall., restino comunque impugnabili insieme alla sentenza di fallimento in analogia alle previsioni di cui agli artt. 162 ultimo capoverso e 173 comma 2 l.fall.; ove difetti anche tale declatoria, resta richiamabile in via analogica la disposizione di cui all’art. 164 l.fall. e quindi il procedimento di cui all’art. 26 l.fall..

Con il medesimo decreto il Tribunale dichiara l’apertura della procedura, nominando al contempo un ausiliario ai sensi dell’articolo 68 c.p.c., a cui viene demandato un altro parere che, unitamente alla relazione finale dell’esperto, deve essere comunicato a cura del debitore ai creditori, ove possibile, a mezzo posta elettronica certificata, almeno trenta giorni prima dell’udienza di omologazione ivi fissata.

L’elasticità del procedimento e la contrazione dei tempi, dettate dall’esigenza di mantenere inalterati i valori dell’attivo per consentirne una rapida riallocazione nel mercato, giungono a sopraffare anche la fase dell’adunanza e dell’approvazione [30], tanto che poi ciascun creditore, senza il *quorum* limitativo di cui all’art. 180 comma 4 l.fall., come qualsiasi interessato, possono liberamente intervenire in sede di omologazione, per ivi opporsi, costituendosi nel termine, definito testualmente (a

differenza che nel concordato ordinario), perentorio di dieci giorni prima dell'udienza. [31]

7 . L'assenza (ininfluente) della transazione fiscale e (rilevante ove definitiva) delle classi

Ed anche le pretese degli enti erariali e previdenziali, ormai pacificamente assoggettati come tutti gli altri creditori alle regole del concorso, sono assistite da questa facoltà, poiché possono trovare tutela piena - quanto unica (ma, con esperto indipendente e ausiliario giudiziario, senz'altro soddisfattiva e di garanzia) - nel giudizio di omologa, in quanto, nel concordato semplificato, non essendo prevista la fase della votazione, non è stato correttamente richiamato l'art. 182-ter l.fall. né, tanto meno, imposta la formazione d'una classe *ad hoc* per i suddetti enti; ammesso, e non concesso, che il concordato preventivo semplificato ne ammetta, in generale, di classi, come invero - ed infelicamente ove così davvero fosse - non sembra atteso il mancato richiamo degli artt. 160, 163 e 180 l.fall.

Comunque, anche a tal ultimo riguardo, il Parlamento in sede di conversione del decreto sta rimediando all'ingiustificata manchevolezza, prevedendo l'espressa possibilità di classare i creditori.

8 . L'omologazione

Il tribunale, verificata la regolarità del contraddittorio e del procedimento, nonché il rispetto dell'ordine delle cause di prelazione e la fattibilità del piano di liquidazione, omologa il concordato se i creditori beneficiano, comunque, di un'utilità [32] e non subiscono alcun pregiudizio rispetto all'alternativa della liquidazione fallimentare, comprensiva, quindi, anche delle potenziali azioni recuperatorie e risarcitorie, fatto salvo il riconoscimento dell'alternativa legittimazione attiva del liquidatore [33] .

Il concordato produce immediati effetti esdebitativi ai sensi dell'art. 184 l.fall., poiché il decreto di omologa è immediatamente esecutivo e viene comunicato dalla cancelleria alle parti che, nei successivi trenta giorni, possono proporre reclamo alla competente corte di appello ai sensi dell'art. 183 l.fall..

9 . La fase esecutiva

Con il decreto di omologazione, il Tribunale nomina un liquidatore e trovano attuazione, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli artt. 182, 185 e 186 l.fall..

Il liquidatore dovrà attenersi alle direttive dell'omologa che potranno essere oggetto di interventi integrativi ai sensi dell'art. 185 l.fall. da parte dello stesso tribunale fallimentare [34] .

Come noto, la fase esecutiva del concordato per cessione dei beni è riconducibile alla più vasta categoria di procedimenti di esecuzione forzata (in senso lato) al pari della procedura fallimentare [35] e, non a caso, come anche espressamente precisa l'art.19, comma 2, trovano applicazione le norme in materia di vendita forzata di cui agli artt. 2919-2929 c.c. e quindi la vendita coattiva consente anche la purgazione giudiziale degli eventuali vincoli, a differenza, invece, che nelle vendite che avvengono in sede di composizione negoziata, pur sempre privatistiche e che si giovano, ove autorizzate dal Tribunale ex art.10, comma 1, lett.d), del solo beneficio dell'esenzione dalla solidarietà passiva prevista a carico dell'acquirente ai sensi dell'art.2560 c.c..

La vendita dei beni formanti oggetto della cessione si viene così a realizzare in un contesto proceduralizzato dai dettami del concordato omologato, in un ambito di controlli pubblici del pari destinati a garantire il raggiungimento di finalità soddisfattorie per i creditori [36] : infatti, anche quando il piano di liquidazione 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, il liquidatore giudiziale (o l'ausiliario - e non il debitore -, autorizzato ai sensi dell'art. 167 l.fall., se l'accettazione dell'offerta o il trasferimento avviene prima dell'omologazione), dà esecuzione all'offerta, verificata l'assenza di soluzioni migliori sul mercato, come l'esperto già durante la composizione avrà cominciato ad appurare [37] .

Con l'acquisto dell'azienda il cessionario subentra nei rapporti di lavoro ex art. 2112 ec.c. ma, giusta la previsione dell'art.182 l.fall. che rinvia anche all'art.105 l.fall., non subentra nei debiti del cedente concordatario ai sensi dell'art. 2560 c.c. [38] .

Al riguardo residua, comunque, una pericolosa "insidia" per la mancata sterilizzazione (in conseguenza del mancato richiamo in proposito dell'art. 186-*bis* comma 3 l.fall.) dei poteri di recesso del contraente *in bonis* di cui all'art. 2558 comma 2 c.c., in particolare rispetto ai contratti pubblici, e segnatamente, per quanto

qui rileva, rispetto alle consentite cessioni di rami aziendali ex art. 106 comma 1 lett. d) n. 2 Codice Appalti, soprattutto dopo l'avvento dell'art. 5 commi 4 e 6 L.120/2020, considerato che *“in ogni caso, l'interesse economico dell'appaltatore o la sua eventuale sottoposizione a procedura concorsuale o di crisi non può essere ritenuto prevalente rispetto all'interesse alla realizzazione dell'opera pubblica.”*

In caso di inadempimento di non scarsa importanza rispetto agli impegni vincolanti eventualmente assunti dal debitore, il concordato potrà essere, ovviamente, risolto ai sensi dell'art. 186 l.fall., ferma restando la stabilità dell'atto traslativo eventualmente perfezionato prima (ai sensi dell'art. 167 l.fall.) o dopo l'omologa (ai sensi del combinato disposto dell'art. 182, comma 5, e 105 comma 4, l.fall.) [39].

Per completezza, va precisato che in sede di conversione del decreto dovrebbero venire inseriti nell'art.19 una serie di nuovi commi (dal 3-*bis* al 3-*sexies*) per tentare di “razionalizzare” le fasi liquidatorie nelle amministrazioni straordinarie, nonché cercare di supportare le amministrazioni pubbliche nelle attività di gestione delle proprie partecipazioni. [40]

Orbene, previsioni tutte che con la liquidazione del concordato preventivo semplificato poco, anzi nulla ci “azzeccano”.

Ma tant'è! Oramai il nostro legislatore ci ha abituato a queste “miscellanee”.

10 . Prime conclusioni

Giunti alla conclusione di questo breve *excursus*, è innegabile che resti sulle labbra un “gradevole” sapore, anche a dispetto di alcune prese di posizione aprioristicamente demolitorie.

Il Legislatore ha dato vita ad una innovata procedura concorsuale liquidatoria [41] senza tanti fronzoli, in cui, proprio perché manca la fase di voto, risulta sempre saldo il controllo giurisdizionale *pro* miglior soddisfacimento *creditoris*, [42] pronto a stroncare , anche sul nascere perché irrituale (si spera senza alcun preconcetto verso un istituto, invero, mai “digerito” sino in fondo *post* novelle 2005, 2006, 2007 ma soprattutto 2012 con l'introduzione del concordato con riserva) [43] ogni proposta abusiva (come a reprimere i commessi reati di cui all'art. 236 l.fall.), quanto a non omologare ciò che risulti infattibile e comunque deteriore rispetto alla liquidazione fallimentare (anzi in taluni casi dovrà palesarsi anche migliore, cioè allorché il fallimento non offra una qualche soddisfazione ad ogni creditore), anche

attraverso il previo passaggio dalla competizione ogni qual volta il concreto scenario di mercato lo richieda (e solo in tale eventualità per non rischiare perdite di tempo, denaro e caso mai l'unico offerente disponibile ad acquistare un'azienda ancora 'pulsante').

Al contempo risulta chiaro il proposito deflattivo (anche in logica di riduzione dei risarcimenti "Pinto"), attraverso la creazione di una procedura che, in tempi estremamente ridotti, [44] consente di "apprezzare" e liquidare l'attivo (visto anche il previo passaggio dal tentativo di composizione) [45] e così soddisfare al meglio il ceto creditorio, senza dover subire le pastoie del procedimento fallimentare, con le obbligatorie fasi di accertamento del passivo (passibili anche di tre stadi sino alla Cassazione), come di riparto (con il girone dantesco che tuttora lo pervade per via del regime illogico delle fideiussione "a catena" di cui all'art. 110, comma 1 l.fall.) [46]. D'altra parte, sussistendo la necessaria comparazione (anche) con le concrete utilità da azioni risarcitorie e revocatorie fallimentari [47] e, comunque, il presidio penale di cui all'art. 236 l.fall., oltre il ritorno del vaglio della meritevolezza (dovendo emergere correttezza e buona fede anche nell'antecedente fase della composizione, come si sta disponendo in sede di conversione del D.L. n.118/2021), pensare ancora alla procedura cd maggiore, come la panacea di tutti i mali, rischia di apparire solo come un atteggiamento meramente emulativo e "marchiante": ciò, peraltro, risulta in contrasto con la sovrapposizione nominale della liquidazione giudiziale in vece del termine "fallimento" e con la drammaticità delle tante situazioni potenzialmente implosive, all'indomani dell'interruzione delle moratorie bancarie ed erariali, situazioni spesso di disperazione che, anzi, dovrebbero seriamente indurre a varare un'amnistia rispetto ai casi di reità conseguenti (solo) a colpa grave di cui all'art. 217 nn. 3 e 4 l.fall..

Ovviamente, come spesso accade, molto della riuscita del novello istituto concorsuale - come della pregiudiziale composizione negoziata [48] - si giocherà sulla correttezza e competenza degli attori [49], a partire da debitore e creditori con relativi professionisti, per finire all'esperto ed al giudice con il suo ausiliario, chiamati sulla scena di un'opera con molteplici possibili finali, in cui per la prima volta si affaccerà, speriamo non con l'ambizione recondita di HAL [50], un nuovo personaggio in cerca di autorevolezza: la piattaforma telematica con il rivoluzionario test di autocontrollo di cui all'art. 3 comma 2 "*per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento* [da parte del debitore in crisi]" [51].

Note:

- [1] Che pure sarebbero potuti insorgere per i prospettati esiti infausti di concordati preventivi (soprattutto) liquidatori, ma comunque spesso immemori, i detrattori dell'istituto, della forte recessione immobiliare dell'ultimo decennio, come di quanti concordati in continuità, anche indiretta, hanno data nuova linfa ad imprese con *core business* ancora profittevole.
- [2] Dopo l'approvazione in Senato, nella seduta del 13 ottobre 2021, del disegno di legge n.2371; cfr. *Crisi di impresa: il Senato approva il testo di conversione in legge del dl 118/2021*, in www.dirittobancario.it, 15 ottobre 2021.
- [3] F. Fubini, *Draghi ed il dossier su imprese ed economie: sguardo lungo per la crescita*, in *Corriere della Sera*, 15 dicembre 2020, 1, in cui, intervistato nella veste di co-presidente del 'G30' (gruppo di trenta grandi personalità indipendenti internazionali), l'autorevole economista ha indicato, tra le prime strade per gestire, post aiuti statali, le devastanti conseguenze della pandemia, "*norme di diritto fallimentare più snelle e efficienti*."
- [4] Cfr., per una prima lettura sistematica dell'istituto, G.Bozza, *Il concordato semplificato introdotto dal D.L. n.118 del 2021*, in www.dirittodellacrisi.it, 5 ottobre 2021. L'Autore, volgendo un generale sguardo critico verso il conio delle misure adottate dal legislatore, evidenzia, comunque, la natura di figura giuridica a sé e non transitoria, non solo alla composizione negoziata, ma anche al concordato preventivo semplificato.
- [5] Difatti, secondo quanto sta emergendo dai lavori di conversione del decreto, per accedere al concordato preventivo semplificato sarà anche necessario che le trattative della composizione si siano svolte con correttezza e buona fede, che naturalmente difetteranno *in re ipsa* qualora siano stati perpetrati atti in frode *ante* composizione o il debitore proponga un piano palesemente infattibile, anche la luce dell'esito del test di cui alla piattaforma telematica ex art.3, comma 2.
- [6] Il concordato preventivo semplificato quale procedimento di "uscita" dalla composizione negoziata, così M. Fabiani, *La Proposta della Commissione Pagni*

all'esame del Governo: valori, obiettivi, strumenti, in www.dirittodellacrisi.it, 2 agosto 2021.

- [7] Così, L. Panzani, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid*, in www.dirittodellacrisi.it, 25 agosto 2021.
- [8] In questi termini si esprime letteralmente S. Ambrosini, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, in www.ilcaso.it, 23 agosto 2021, secondo cui la composizione negoziata va a collocarsi fra l'accordo di ristrutturazione, che postula l'omologazione del tribunale e consente il blocco delle azioni esecutive e cautelari e l'autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili, e il piano attestato di risanamento, che non contempla la nomina esterna di alcuna figura, bensì la semplice designazione, da parte dello stesso imprenditore, di un professionista indipendente quale attestatore, né la possibilità di alcun intervento giudiziale relativamente ai rapporti con i creditori.
- [9] *Twilight zone*, quale fase economico-temporale della vita dell'impresa che precede la crisi vera e propria, così S. Leuzzi, *Una rapida lettura dello schema di D.L. recante misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale*, in www.dirittodellacrisi.it, 5 agosto 2021. Per una più meditata analisi, v. ora dello stesso Autore, *Allerta e composizione negoziata nel sistema concorsuale ridisegnato dal D.L. n. 118 del 2021*, *ibidem*, 28 settembre 2021.
- [10] Dunque, per poter aspirare al concordato semplificato, non è sufficiente che venga aperta la composizione da parte dell'esperto, ma deve difettare anche l'archiviazione per, appunto, sopravvenuta valutazione di insussistenza delle concrete prospettive di risanamento. E trattasi di aspetto da monitorare sempre accuratamente ad opera dell'esperto, pena il rischio di un concorso nei reati di bancarotta, non potendo scattare l'esimente di cui all'art. 12 comma 5 che presuppone, infatti, che sia sempre sussistente la positiva valutazione di concrete prospettive di risanamento. Peraltro, se così fosse, vacillerebbe anche la tesi di coloro i quali ritengono che l'esperto non possa che essere in qualche modo invogliato a favorire, almeno indirettamente, il concordato semplificato attraverso, cioè, l'apertura della composizione, atteso il maggior compenso che così percepirebbe ex art.16 comma 7. Difatti, come visto, non basterà che l'esperto apra la composizione, ma dovrà sempre monitorare, e con molta

attenzione, che il presupposto iniziale della concreta prospettiva di risanamento perduri durante tutto lo snodarsi delle trattative, al punto che potrebbe ritenersi che, se anche le trattative risultassero sfogate, ma l'esperto ritenesse che siano tramontate perché difettanti le concrete prospettive di risanamento, la composizione andrebbe chiusa sempre per archiviazione ex art. 5 comma 5 e non comma 8 o quantomeno nella relativa relazione finale andrebbe dato atto della circostanza affinché il Tribunale, ove investito della domanda di concordato semplificato, abbia chiara sin da subito la situazione per vagliare al meglio il presupposto della fattibilità del piano, anche per l'immediato arresto dell'irrituale procedura ove risulti palesemente infattibile.

- [11] Relazione che, come accennato, secondo le emergenze dai lavori parlamentari di conversione del decreto, dovrebbe evidenziare anche se le trattative si sono svolte con correttezza e buona fede, circostanza destinata a divenire, condivisibilmente, ulteriore presupposto per accedere al concordato semplificato.
- [12] A differenza che con l'art. 10, comma 3, L. 40/2020 in cui era stata prevista una piena improcedibilità della procedura pre-fallimentare.
- [13] Cass. 9 settembre 2016, n. 17911, in www.ilcodicedeiconcordati.it, ove viene espressamente ammesso che *“le procedure di concordato liquidatorio consistono in un sostanziale fallimento dell'impresa, con i vantaggi della realizzazione di una liquidazione concordata”*.
- [14] Come giustamente ricorda L. Bottai, *La rivoluzione del concordato liquidatorio semplificato*, in www.dirittodellacrisi.it, 9 agosto 2021.
- [15] Per una panoramica ad ampio respiro dell'istituto, si rinvia a S. Leuzzi, *La liquidazione del patrimonio dei soggetti sovraindebitati fra presente e futuro*, in www.ilcaso.it, 9 marzo 2019.
- [16] Cass. 14 marzo 2014, n. 6022, www.ilcaso.it; Cass. 9 giugno 2017, n. 14444, in www.ilcodicedeiconcordati.it. Per una disamina del concordato con garanzia rappresentata dallo stesso patrimonio del debitore, allorché la cessione attenga il piano e non la proposta, garantita quest'ultima, anche ai fini

dell'adempimento, dalla promessa di un pagamento, cfr. M. Fabiani, *Commentario del codice civile e codici collegati*, p.724.

- [17] Cfr. Trib. Milano 7 aprile 2016, in www.ilcaso.it, secondo cui il debitore si deve obbligare al pagamento monetario dell'importo del 20% del complessivo ammontare dei crediti chirografari, non essendo consentita la loro soddisfazione in altro modo se non per quanto riguarda la eventuale eccedenza rispetto a detta percentuale che il debitore libero di offrire.
- [18] L. D'Orazio, *Attestazioni e controllo giudiziario nelle procedure concorsuali*, (a cura di) D'Orazio - Filocamo-Paletta, 2015, 181.
- [19] Sul tema sia consentito il rinvio a A. Pezzano e M. Ratti, *La finanza "terza" e nuova nella prospettiva riformatrice*, www.osservatoriooci.org, 13 dicembre 2017; G. D'Attorre, *Ricchezza del risanamento imprenditoriale e sua destinazione*, in *Fall.*, 2017, p. 1015 .
- [20] Poiché a tale pronuncia viene riconosciuta la natura di titolo diretto ed immediato per il trasferimento dei beni all'assuntore, di cui segna il *dies a quo*; Cass. 13 aprile 2007, n. 8832, in www.ilcaso.it.
- [21] V. Trib. Milano 15 giugno 2017, in www.osservatoriooci.org, secondo cui l'assuntore non si limita ad acquistare il patrimonio ad un determinato corrispettivo, ma diviene il successore e sostituto del debitore liberato, assumendone, quindi, non solo la posizione attiva ma anche quella passiva.
- [22] Cass. 6 novembre 2013, n. 24970, in www.ilcodicedeiconcordati.it.
- [23] Sullo stesso solco G. Bozza, *Il concordato semplificato introdotto dal D.L. n. 118 del 2021*, cit.. Pare nutrire qualche dubbio in più, L. Bottai, *La composizione negoziata di cui al D.L. 118/2021: svolgimento e conclusione delle trattative*, in www.ilfallimentarista.it, 4 ottobre 2021, il quale apre comunque alla soluzione qui perorata richiamandosi al principio del c.d. *No worse off* già in vigore nella disciplina delle crisi bancarie e ribadito anche nella Direttiva Insolvency-, ossia dell'assenza di pregiudizio per ciascun creditore.
- [24] Anche per una percentuale pari all'1%, cfr. Cass. 8 febbraio 2019, n. 3863, in www.dirittobancario.it.

- [25] L. Panzani, *Il D.L. "Pagni"*, cit., che richiama l'art. 84 CCII sulla prosecuzione dei rapporti negoziali in corso.
- [26] M. Fabiani, *I nuovi vincoli alla proposta di concordato preventivo visti dal prisma di una lettura difensiva*, in *Fall.*, 2016, p. 569.
- [27] Così A. Farolfi, *Le novità del D.L. 118/2021: considerazioni sparse "a prima lettura"*, in *www.dirittodellacrisi.it*, 6 settembre 2021.
- [28] Fatta eccezione per l'inefficacia delle ipoteche giudiziali iscritte nei tre mesi antecedenti al deposito dell'istanza di composizione assistita che, priva anche di una disposizione analoga all'art. 69-*bis* l.fall. - ovvero all'art. 10 comma 3 L.40/2020 - espone al rischio di consolidamento di una serie di atti pregiudizievoli per i creditori di fronte all'impronunciabilità della sentenza dichiarativa di fallimento prevista dall'art. 6 comma 4. Negli stessi critici termini, G.Bozza, *Il concordato semplificato introdotto dal D.L. n.118 del 2021*, cit..
- [29] Anche alla luce dei limiti gestori imposti all'imprenditore dall'art.9, come anche ricavabili dal successivo art. 12 commi 2 e 3.
- [30] Il concordato "senza voto" è in linea con l'art. 11 comma 1 lett. b/ii), capoverso finale e, comunque, nel comma 2 ultimo capoverso della Direttiva 1023/2019. Di avviso contrario e molto critico sul punto, F. Lamanna, *La bozza-proposta della Commissione "Pagni" e il D.L. n. 118/2021*, in *www.ilfallimentarista.it*. L'eliminazione della fase del voto non è, tuttavia, una novità nel panorama normativo: si pensi ad esempio alla liquidazione "controllata" ed al piano del consumatore per le imprese "sotto soglia" nella procedura di sovraindebitamento. Come acutamente rilevato da A. Farolfi, *Le novità del D.L. 118/2021*, cit., e L. Panzani, *Il D.L. "Pagni"*, cit. la presenza di concordati cd. coattivi, senza una fase formale di votazione, si rinviene anche in altre precedenti esperienze, quali la liquidazione coatta amministrativa (art. 214 l.fall.), l'amministrazione straordinaria (art. 78 l.fall.) e la liquidazione coatta bancaria e assicurativa.
- [31] Peraltro, vi è da auspicare che il legislatore, offrendo la possibilità di opposizione a ciascun creditore e potendo quindi anche il portatore di un diritto ad un marginalissimo credito bloccare l'omologazione concordataria, adotti la

possibilità di ricorrere allo strumento della tutela risarcitoria surrogatoria prevista dall'art. 16 ultimo capoverso della Direttiva *Insolvency*, 1023/2019.

- [32] Ovverosia l'assenza di danno per ciascun creditore, così L. Donati, *Crisi d'impresa e diritto di proprietà. Dalla responsabilità patrimoniale all'assenza di pregiudizio*, Riv. Soc., 2020, 164, richiamato anche da L. Bottai, *La rivoluzione del concordato liquidatorio*, cit
- [33] Come peraltro già previsto all'art. 115 CCII; cfr. anche Cass. Sez. Unite 8504/2021, in www.ilcodicedeiconcordati.it.
- [34] Cass. 20 giugno 2017, n. 15185, in www.ilcodicedeiconcordati.it.
- [35] Cass. SS.UU. 16 luglio 2008, n. 19506, *Foro it.*, 2008, I, 3149.
- [36] Cass. 9 settembre 2016, n. 17911, www.ilcodicedeiconcordati.it, cit.
- [37] Cfr. punto 12 Sezione III Decreto Dirigenziale 28 settembre 2021 che impone all'esperto anche di verificare se il terzo interessato all'azienda sia una parte correlata del debitore (punto 12.4.).
- [38] Sancito anche all'art. 123, comma 8 CCII.
- [39] Quale principio ricavabile dal combinato disposto degli artt. 15, comma 18, l.fall. e 2929 c.c.
- [40] Come? Attribuendo la facoltà al MISE di nominare la "propria" società Fintecna s.p.a. quale commissario straordinario o liquidatore, in sostituzione delle precedenti nomine soggettive.
Forse nelle fasi liquidatorie delle procedure di AA.SS., più che fare cambiamenti semplicemente interni alla Pubblica Amministrazione, sarebbe stato utile favorire la conversione di tali procedure direttamente nella liquidazione concorsuale per antonomasia: quella fallimentare, modificando, dunque, l'illogico art.73, comma 3 L.A.S. che consente che la speciale procedura *de qua*, che sorge con ben altre finalità, comunque prosegua in funzione meramente liquidatoria. Ma, si sa', "*il potere logora che non c'è l'ha*", purtroppo - aggiungiamo noi -, rilevando peraltro che già una più attenta applicazione degli artt. 69 e 70 L.A.S. farebbe conseguire buoni risultati al riguardo.

- [41] In cui - come giustamente subito osservato - appare chiara l'incompatibilità con il concordato in continuità diretta aziendale (G. Bozza, *Il concordato semplificato introdotto dal D.L. n.118 del 2021*, cit.).
- [42] Mantra oramai immanente a qualunque procedura concordataria preventiva (Cass., 16 febbraio 2016, n.3324, in www.ilcodicedeiconcordati.it). Come di qualunque piano di ristrutturazione ex art. 2, comma 1, n. 6, Dir. 1023/2019.
- [43] Disagio ben riassunto nelle belle pagine di M. Fabiani, *Per un superamento delle reciproche diffidenze fra giudice e parti nel concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, 24 luglio 2014. Per un "acuto" rispetto alla recente novella, si rinvia a P. Liccardo, *Neoliberismo concorsuale e le svalutazioni competitive: il mercato delle regole*, in www.giustiziainsieme.it, 7 settembre 2021, in cui l'Autore conclude che "*non resta che resistere, resistere, resistere.*"
- [44] Come, d'altra parte, impone la Dir. cit che all'ultimo capoverso dell'art.10 prescrive che "*Gli Stati membri provvedono affinché, nei casi in cui l'autorità giudiziaria o amministrativa è tenuta a omologare il piano di ristrutturazione per renderlo vincolante, la decisione sia adottata in modo efficace ai fini del trattamento della materia in tempi rapidi.*"
- [45] Che prescrive all'esperto (anche) di valutare il patrimonio dell'impresa in chiave liquidatoria (cfr. punti 13 e 14.8. Sezione III Decreto Dirigenziale 28 settembre 2021).
- [46] Cfr. in tema, G. Bozza, *Il (non) senso di una norma: l'art. 110, primo comma, L.fall. dopo la sua ultima riforma*, in www.dirittodellacrisi.it, 18 marzo 2021.
- [47] Revocatorie fallimentari, peraltro, oramai praticamente inesistenti e con tendenza ancora in forte diminuzione ove il disposto dell'art. 6 comma 4 sull'impronunciabilità della sentenza di fallimento non risulterà sterilizzato, come detto, con una norma analoga al disposto dell'art. 10 comma 3 L. 40/2020.
- [48] Per un'analisi teleologica quanto prospettica della composizione negoziata, si rinvia a S. Leuzzi, *Allerta e composizione negoziata nel sistema concorsuale ridisegnato dal D.L. n. 118 del 2021*, cit.
- [49] Come ben rimarca A. Iorio, *Alcune riflessioni sulle misure urgenti: un forte vento*

di maestrale soffia sulla riforma!, in www.dirittodellacrisi.it, 1 ottobre 2021.

[50] *Alias* Heuristic ALgorithmic, il computer di bordo del senza tempo “2001: Odissea nello spazio”, creato dal genio di S. Kubrick.

[51] Che peraltro tanta importanza avrà per la valutazione di “ammissione” alla composizione da parte dell’esperto ex art. 5 comma 5, come conferma il Decreto Dirigenziale 28 settembre 2021 e segnatamente il punto 2 della Sez. III. E non è da escludere che anche il Tribunale, investito pur sempre in via meramente deliberativa ed urgente per le misure protettive e cautelari, ne possa fare un uso non parsimonioso (ed a tacere della valenza che potrebbe rivestire ove per la piattaforma il piano risulti perseguibile, ma l’esperto ritenga comunque di non dover aprire la composizione: il debitore potrà ugualmente depositare la domanda di concordato semplificato, chiedendo preliminarmente al Tribunale di rivalutare, se del caso con il proprio ausiliario, la determinazione dell’esperto ritenuta erronea e che quindi solo *contra ius* gli impedirebbe di accedere ad una misura con diritti a suo favore di sicuro non previsti dal concordato ordinario ed all’evidenza non risarcibili per equivalente una volta apertosi il fallimento?).

Ma soprattutto vi è da auspicare che il test sia fruito dall’imprenditore ancora solo in iniziale difficoltà, potendosi così avvalere di un utile strumento di autocontrollo, che tra l’altro, ove integrato con gli altri modelli organizzativi, potrebbe essere di supporto anche in chiave ex art. 2086, comma 2 c.c..