Antonio Rossi

L'apertura del concordato semplificato

SOMMARIO: 1. In premessa. - 2. La proposta di concordato semplificato. - 3. Concetto e contenuto della misura cautelare. - 4. Presupposti applicativi. - 5. Imprese “sotto-soglia”.

1. *In premessa.*

L'istituto del concordato semplificato si pone come possibile sbocco non contrattuale del percorso di composizione negoziata della crisi d'impresa introdotto dal D.L. n. 118/2021. Si tratta di una procedura concorsuale (v. infra) che, in maniera singolare rispetto alle altre offerte dall'ordinamento, ha bisogno della previa, inutile consumazione di una fase di trattative tra imprenditore in crisi e creditori, condotta sulla scia della nomina dell'esperto ex art. 3 D.L. cit., con un abbinamento che costituisce una peculiarità fondamentale dell'istituto e fornisce giustificazioni e chiavi di lettura della disciplina posta dagli artt. 18 e 19 D.L. cit.

La funzione deflattiva dell'istituto è manifesta: con un procedimento estremamente concentrato, che non conosce una fase prenotativa analoga a quella prevista dall'art. 161 comma 6 l. fall. per il concordato preventivo né un provvedimento di ammissione in senso stretto, il tribunale è chiamato ad omologare un concordato la cui esecuzione è retta dalle essenziali regole poste dall'art. 19 D.L. cit. Senza una dichiarazione di fallimento e senza, quindi, gli “orpelli” (i costi e i tempi) che caratterizzano questa procedura, si dovrebbe giungere alla ordinata liquidazione dell'attivo dell'imprenditore in crisi e ad un riparto concorsuale del suo risultato, che dovrebbe essere non peggiore (ma neppure necessariamente migliore) di quello offerto dalla “alternativa della liquidazione fallimentare” (cfr. art. 18 cit., comma 5).

Nel concordato semplificato, le fila della procedura sono tirate dal tribunale, non dai creditori, i cui diritti di voce si riducono alla possibilità di opposizione all'omologazione (iniziativa spesso lasciata agli “altri”, e quindi a nessuno, nella frequente tendenza al free riding che caratterizza l'atteggiamento notoriamente poco cooperativo dei creditori), e questo potrebbe bastare per consentire all'esperto di agitare lo spauracchio della soluzione liquidatoria ex artt. 18 e 19 D.L. cit. per acquistare autorevolezza e ricevere ascolto da parte di creditori poco disponibili alla trattativa. Nel pendolo tra autonomia ed eteronomia, il nuovo istituto sembra quindi segnare un punto a favore della seconda, anche se in realtà – come anticipato – presuppone necessariamente l'insuccesso della prima.

La disciplina del concordato semplificato si riduce a 2 (due) articoli del D.L. cit., di cui soltanto l'art. 18 riguarda la procedura in senso stretto, mentre l'art. 19 è dedicato all'esecuzione del concordato ormai omologato. La leggerezza del tessuto normativo diventa sostenibile solo grazie ad alcuni specifici rinvii alla disciplina del concordato

preventivo, i quali, tuttavia, non sembrano in grado di garantire la completezza delle regole, ciò che impone il ricorso al procedimento analogico.

Al fine della selezione delle norme preanalogiche, quindi, manifesta utilità il duplice interrogativo della natura del concordato semplificato e della sua relazione con il concordato preventivo.

Non è questa la sede per approfondire il tema, ma sembra ci siano pochi dubbi circa il fatto che il nuovo istituto sia una vera e propria procedura concorsuale: l'intervento dell'autorità giudiziaria, il necessario rispetto dell'ordine delle cause di prelazione e, dunque, della par condicio creditorum (evocata a contrario anche dal riferimento alle classi di creditori), il necessario concorso dei creditori, se non altro imposto dal richiamo degli artt. 168, 184 e 111 l. fall., sono già in sé indizi sufficienti a riconoscere la natura concorsuale del concordato semplificato. Da qui, la possibilità di invocare l'applicazione dei principi in materia, qualora si renda necessaria l'*analogia juris* per colmare lacune normative.

Quanto all'*analogia legis*, invece, diventa centrale alla soluzione del problema il confronto del concordato semplificato con il concordato preventivo, sì da verificare se il primo sia una "variante" del secondo o si caratterizzi per autonomia sistematica¹. Nel primo caso, sarebbe difficile escludere che, anche laddove non richiamate e nel limite della compatibilità con gli artt. 18 e 19 D.L. cit., si applicherebbero tutte le norme poste a proposito del concordato preventivo, a prescindere dall'esistenza di un vero e proprio vuoto legislativo.

I collegamenti tra le due procedure sono certo importanti: proposta e piano, seppure ad autonomia limitata (v. infra), sono quelli del concordato preventivo, così come il giudizio di omologazione; il rinvio agli artt. 167, 168, 169, 173, 184, 185, 186 intercetta senz'altro una parte di disciplina caratterizzante la procedura "maggiore"; pari è l'iniziativa processuale lasciata al solo debitore; sempre di "concordato" si parla e la sua qualificazione come "semplificato" consente di immaginare una derivazione da un istituto meno "semplice", quale non può che essere il concordato preventivo.

Di contro, completamente diverso è il presupposto soggettivo dei due istituti e manca nel concordato semplificato il cuore della dimensione "privatistica" del concordato preventivo, consistente nell'attribuzione ai creditori della decisione sull'approvazione della proposta concordataria. 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 semplificato² 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 preventivo³.

Resta che, al bisogno, la procedura "maggiore" potrà fornire norme preanalogiche a quella "minore" (e semplificata), senza che il richiamo di alcuni articoli specifici sia di

¹ La Relazione illustrativa del D.L. n. 118/2021 parla espressamente di "una nuova tipologia di concordato preventivo".

² Si veda, ad es., l'art. 2454 c.c. a proposito della società in accomandita per azioni, infatti considerata una "variante della S.p.A. dalla L.n. 366/2001, art. 1 comma 1, lett. f).

³ Cfr. G. Bozza, *Il concordato semplificato introdotto dal D.L. n. 118 del 2021*, in *Diritto della Crisi*, 05.10.2021, p. 6.

impedimento all'integrazione disciplinare⁴. Occorrerà tuttavia rispettare le caratteristiche di "semplicità" del concordato ex art. 18 cit. ed evitare di confondere un'esigenza di semplificazione con una lacuna normativa. Parimenti, non si deve indulgere nell'inerzia della *path dependance* e bisogna rispettare l'autonomia del concordato semplificato rispetto al concordato preventivo, senza cadere nella tentazione di omogeneizzare il primo al secondo istituto⁵.

2. *La proposta di concordato semplificato*

Come anticipato, la "procedura" del concordato semplificato è estremamente più concentrata rispetto a quella del concordato preventivo, perché la seconda conosce tre segmenti, delimitati rispettivamente da: deposito della domanda, ammissione del debitore ex art. 163 l. fall., approvazione della proposta da parte dei creditori e apertura del giudizio di omologazione, decreto di omologazione; mentre la prima si riduce a due segmenti soltanto, separati rispettivamente da: deposito della domanda, apertura della procedura con il decreto previsto dai commi 3 e 4 dell'art. 18 cit., decreto di omologazione.

Si può anche concedere che, come afferma la Relazione illustrativa, sia omessa la fase di ammissione, ma sembrano esserci pochi dubbi circa il fatto che il tribunale, nel vagliare una domanda di concordato semplificato, prima di dare ingresso all'istruttoria propedeutica alla sua omologazione, anche alla luce del riferimento alla valutazione della "ritualità della proposta" (art. 18, comma 3), procederà alla verifica della "sussistenza dei requisiti per l'accesso alla procedura"⁶ e, dunque, della ammissibilità della domanda.

A tale scopo, non potrà mancare una valutazione di conformità della proposta concordataria concretamente presentata dal debitore alla fattispecie astratta disegnata dall'art 18 cit., fattispecie che abbandona l'atipicità dell'art. 160 l. fall. per consentire la presentazione di sole proposte di concordato (semplificato) "per cessione dei beni" (art. 18, comma 1), unitamente ad un "piano di liquidazione" degli stessi.

Se, dunque, il piano deve essere strutturalmente liquidatorio, ciò non significa tuttavia che la liquidazione debba per forza essere atomistica e che richieda la previa disgregazione dell'organizzazione imprenditoriale: l'art. 19 cit., con il riferimento alla possibilità di "trasferimento ... dell'azienda o di uno o più rami d'azienda", riconosce la perfetta ammissibilità di un piano che preveda la continuità aziendale indiretta di cui al comma 1 dell'art. 186-bis l. fall. E ciò pone già un problema di integrazione della

⁴ Anche qui torna utile il riferimento all'esperienza del diritto societario, a proposito delle lacune lasciate dalla disciplina sulla s.r.l., da integrarsi spesso (anche se non necessariamente) con l'applicazione analogica di norme sulla S.p.A. ulteriori rispetto a quelle espressamente richiamate. Molto più drastico, invece, G. Bozza, op. cit., per il quale "né gli spazi vuoti possono essere riempiti con l'applicazione analogica della ordinaria normativa in quanto detti spazi non sono da colmare, ma sono le caratteristiche della nuova figura".

⁵ Anche la s.r.l., con il D. Lgs. n. 6/2003, divenne tipo autonomo rispetto alla S.p.A., ma è poi rientrata nei ranghi della seconda, sia a seguito di interventi interpretativi giurisprudenziali (si pensi alla richiesta di deliberazione assembleare – non prevista dall'art. 2476 c.c. – per l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità), sia a seguito di un intervento "reazionario" del legislatore (culminato nel D. Lgs. n. 14/2019 ed ulteriormente perfezionato, da ultimo, con il D. Lgs. n. 183/2021, art. 6 c. 1°).

⁶ Relazione illustrativa cit., p. 9.

disciplina, perché la cessione dell'azienda può non essere immediata a seguito dell'omologazione (è possibile ma non necessario che il piano comprenda "un'offerta da parte di un soggetto individuato", ai sensi dell'art. 19, comma 2) e pertanto la vendita dell'azienda in esercizio può dover essere preceduta da una prosecuzione diretta dell'attività d'impresa funzionale al mantenimento in esercizio dell'azienda da vendere⁷. Ma in questo caso s'impone anche la presentazione della "analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura" richiesta dal comma 2 dell'art. 186-bis cit.⁷ Mi sembra che la risposta debba essere positiva, considerato che i creditori, pur non votanti, e lo stesso tribunale devono essere in grado di valutare l'equivalenza della proposta concordataria rispetto all'aspettativa di soddisfacimento dalla liquidazione fallimentare (anche ai fini di un'eventuale opposizione all'omologazione), e certo l'eventuale accumulo di perdite nel corso del periodo interinale che corre a monte della vendita dell'azienda in esercizio può essere in grado di ridurre la convenienza della realizzazione di un valore positivo di avviamento, se detto valore è più che compensato dalle perdite previste per il mantenimento in esercizio dell'azienda da cedere.

Pur ammettendosi, dunque, che la cessione dei beni si traduca in una continuità aziendale indiretta, non sembra che il sistema normativo esprima una insuperabile preferenza per questa soluzione e, men che meno, la necessità che il piano sia funzionale alla conservazione dell'organizzazione d'impresa. È vero che la composizione negoziata della crisi d'impresa si pone l'obiettivo principale del "risanamento dell'impresa" (cfr. art. 2 D.L. cit., comma 1; ma v. anche l'art. 5, comma 5, ove il mantra delle concrete prospettive di risanamento), ma ciò non significa che, abortito il tentativo della soluzione negoziale, detto obiettivo debba imporsi anche nel concordato semplificato. Sarà dunque perfettamente ammissibile un piano di liquidazione dei beni che preveda la cessazione dell'attività d'impresa e la liquidazione della sua organizzazione⁸, restando al solo debitore la scelta sul *quomodo* della cessione dei suoi beni.

Qualche dubbio potrebbe sorgere dal doppio richiamo dall'art. 19 cit. all'art. 182 l. fall., e da qui all'art. 105 l. fall., norma quest'ultima che pone un criterio preferenziale di liquidazione per aggregati decrescenti nella procedura di fallimento, ma il dubbio sembra potersi sciogliere se solo si considera che l'art. 182 l. fall. è richiamato dall'art. 19 cit. relativamente alla sola fase di esecuzione di un concordato omologato, e quindi non dovrebbe entrare in gioco per valutare la legalità del piano e della proposta concordataria, da farsi ovviamente, e una prima volta, a monte dell'omologazione (come noto, la valutazione di legalità degli atti concordatari va ripetuta anche nel corso del giudizio di omologazione).

⁷ Resta poi sempre la possibilità di un affitto ponte dell'azienda, magari stipulato già durante la fase di composizione negoziata, per il quale, pur occorrendo la previa segnalazione all'esperto ex art. 9 comma 2 D.L. n. 118/2021 (pochi dubbi che si tratti di un atto di straordinaria amministrazione), non è necessaria neppure l'autorizzazione del tribunale ex art. 10 D.L. cit., considerata l'inapplicabilità a prescindere dell'art. 2560 c.c. al contratto di affitto d'azienda.

⁸ Cfr. G. Bozza, op. cit., p. 36, per il quale al concordato semplificato "è estranea ogni valorizzazione della continuità".

Alla fine, ciò che di certo non si può fare è l'erezione del piano di concordato su un'ipotesi di continuità aziendale diretta, che escluda la cessione dell'azienda in esercizio, ipotesi d'altronde che si caratterizza normalmente⁹ per complessità e tempi di esecuzione che il legislatore ha ritenuto non coerenti con la semplificazione della procedura prevista dall'art. 18 cit., caratterizzata anche dall'assenza di una relazione di attestazione sulla fattibilità del piano, invece fondamentale per apprezzare compiutamente caratteristiche e rischi di un piano di prosecuzione diretta dell'attività d'impresa.

La scelta è comprensibile, ma desta qualche perplessità, perché non sempre è possibile la soluzione della continuità aziendale indiretta¹⁰; il concordato preventivo, quindi, costituisce l'unica procedura concorsuale (al netto di soluzioni veramente negoziali o quasi-negoziali, quali quelle previste quale positivo esito della composizione negoziata dall'art. 11, commi 1 e 2, D.L. cit.) che consenta un soddisfacimento dei creditori (spesso il migliore soddisfacimento) mediato dalla prosecuzione diretta dell'attività d'impresa ma la comparazione della proposta di concordato semplificato con la sola liquidazione fallimentare (cfr. art. 18, comma 5), dove pure l'unica continuità aziendale consentita è quella indiretta¹¹, farà sì che si rendano ammissibili soluzioni sub ottimali per i creditori, tutte le volte che non sia possibile vendere l'azienda in esercizio e la liquidazione atomistica dei beni determini la dispersione del plusvalore dell'avviamento.

Se sembra inoppugnabile che non si applichi il limite minimo di soddisfacimento dei crediti chirografari imposto al concordato preventivo liquidatorio dall'ultimo comma dell'art. 160 l. fall., resta che, ai sensi del comma 5 dell'art. 18 cit., la proposta di concordato semplificato non deve arrecare pregiudizio ai creditori "rispetto all'alternativa della liquidazione fallimentare" e questo requisito si pone quale condizione di ammissibilità (della domanda e) della proposta stessa.

Si tratta di un requisito che, seppure marginalmente, si differenzia rispetto al migliore soddisfacimento dei creditori imposto, ad esempio, al concordato preventivo con continuità aziendale dall'art. 186-bis, comma 2, lett. b), l. fall., perché nel concordato semplificato si richiede solo il raggiungimento di un risultato minimo di equivalenza rispetto alle aspettative offerte dall'alternativa della liquidazione fallimentare. Inoltre, se si può riferire il concetto di migliore soddisfacimento alla massa dei creditori, e quindi alla misura complessiva della provvista concordataria generata dal piano, a prescindere dai criteri di sua distribuzione, sembra invece che il riferimento al "pregiudizio" coinvolga l'interesse di ogni singolo creditore, che dunque dovrà ricevere dalla proposta di concordato semplificato una "utilità" (cfr. art. 18 comma 5 cit.) almeno equivalente

⁹ Ma non necessariamente: è continuità diretta anche quella che si realizza con una conversione dei crediti in capitale sociale subito a seguito dell'omologazione, con un'esecuzione del concordato che si perfeziona con la *datio in solutum* delle azioni di nuova emissione.

¹⁰ Si pensi alle imprese che operano in regime di concessione amministrativa (aeroporti, ad es.) e a quelle che sono accreditate da GDO, general contractors, committenti e per le quali l'accreditamento (anche ai fini della disciplina c.d. antimafia) non costituisce una caratteristica dell'organizzazione d'impresa che transita istantaneamente all'acquirente dell'azienda ex art. 2558 c.c., come se si trattasse di un contratto pendente. E i tempi necessari alla volturazione di concessioni e al rilascio di un nuovo accreditamento a beneficio del soggetto interessato all'acquisto dell'azienda possono non essere compatibili con le esigenze del risanamento.

¹¹ Salvo l'ipotesi di un concordato fallimentare, che tuttavia non si può certo prendere in considerazione come esito normale della liquidazione fallimentare.

(anche se non necessariamente identica) a quella che potrebbe ricevere da un ipotetico ed alternativo scenario di riparto fallimentare¹².

Anche considerata la natura intrinsecamente liquidatoria del piano di concordato semplificato (e a prescindere dal fatto che la liquidazione abbia ad oggetto singoli beni o aggregati, anche aziendali), ci si può attendere dalla giurisprudenza una diffusa richiesta di applicazione dell'art. 2740 c.c., che impedirà al debitore di formulare una proposta "al risparmio", anche se ritengo più acconcia alla dimensione (pur sempre) para-negoziale di una proposta concordataria la possibilità per il debitore di estrarre dalla liquidazione beni che vengano sostituiti da altre utilità (esterne al patrimonio del debitore), sempre nel rispetto della condizione minima del livello di equivalenza della soddisfazione di ogni creditore rispetto all'alternativa fallimentare.

Al fine di verificare il rispetto di questo livello minimo di soddisfacimento che deve essere offerto, a pena di inammissibilità, dalla proposta di concordato semplificato, entreranno in gioco ovviamente anche le utilità che si possono attendere da eventuali azioni revocatorie e di responsabilità esperibili nel corso della procedura fallimentare, che certo concorrono al risultato della liquidazione, e a tale scopo è lecito attendersi che l'ausiliario che sarà nominato ai sensi del comma 3 dell'art. 18 cit. sarà altresì investito di compiti d'indagine in parte qua non dissimili da quelli imposti al commissario giudiziale dall'art. 172 l. fall. nella redazione della sua relazione; con il rischio, quindi, che proposte che "dimentichino" un'adeguata *disclosure* su atti revocabili o di *mala gestio* o comunque non aggiungano risorse esterne in grado di compensare i risultati delle conseguenti azioni esperibili in sede fallimentare potranno arrestarsi alla soglia della inammissibilità a causa dell'insufficienza del soddisfacimento offerto ai creditori, "pregiudicati" rispetto all'alternativa fallimentare.

Se è apprezzabile la maggiore precisione della comparazione con la "liquidazione fallimentare", in luogo dell'atipica "alternativa concretamente praticabile" di cui al comma 4 dell'art. 180 l. fall., può comunque sorgere qualche dubbio sull'opportunità della scelta del legislatore, proprio a proposito del concordato semplificato. Già, infatti, si è scritto che l'opzione necessariamente liquidatoria ed il confronto imposto solo con lo scenario fallimentare fa correre il rischio che il risultato veramente migliore che un efficiente governo della crisi possa offrire sfugga alla comparazione, tutte le volte che possa realizzarsi solo all'esito dell'esecuzione di un piano in continuità diretta che, come scritto, non può trovare ingresso in una procedura di fallimento. Poi è davvero singolare che proprio per una procedura alla quale accedono anche imprenditori non fallibili (cfr. art. 2, comma 1, D.L. n. 118/2021) il termine di paragone adottato faccia esclusivo riferimento ad una liquidazione "fallimentare", ma la svista del legislatore potrà essere rimediata, anche alla luce dell'art. 6.1.2. della Direttiva *Insolvency*, comparando se del caso la proposta di concordato semplificato con i risultati attesi da una procedura di liquidazione del patrimonio ex L.n. 3/2012 (alla quale, tuttavia, restano estranee le utilità eventualmente ritraibili da azioni revocatorie e di responsabilità).

¹² Va peraltro ricordato che la Direttiva *Insolvency*, all'art. 2.1.6, riconduce il concetto di "migliore soddisfacimento dei creditori" al c.d. *best interest* test, consistente nella verifica circa il fatto che "nessun creditore dissenziente uscirà dal piano di ristrutturazione svantaggiato rispetto a come uscirebbe in caso di liquidazione se fosse applicato il normale grado di priorità di liquidazione a norma del diritto nazionale".

Il comma 5 dell'art. 18 cit., inoltre, pone un'altra condizione di ammissibilità della proposta nel "rispetto dell'ordine delle cause di prelazione" che, considerato il necessario confronto con i risultati offerti da una liquidazione retta dall'art. 111 l. fall., non potrà che essere un ordine assoluto e non relativo.

A tal proposito, qualche perplessità desta la possibilità, riconosciuta dalla legge di conversione n. 147/2021, che la proposta preveda "la suddivisione di creditori in classi" (art. 18 cit., comma 1). E' noto, infatti, che la classificazione dei creditori sia funzionale a riservare loro una disparità di trattamento e a consentire quindi al debitore una deroga al rispetto, necessario anche nel concordato preventivo, dell'ordine delle cause di prelazione. Nel concordato semplificato le classi vengono solo evocate, ma non anche disciplinate. Si tratta di una vera e propria lacuna normativa che ritengo possa essere colmata, quanto alle regole da osservare nella formazione delle classi, dall'applicazione analogica della lettera c) dell'art. 160 comma 1 l. fall., per la quale occorre preservare all'interno di ogni classe caratteristiche di omogeneità, secondo posizione giuridica e interessi economici, dei crediti accolti dalla classe stessa.

Ciò premesso, tuttavia, le perplessità derivanti dalla possibilità di classificare i creditori anche nella proposta di concordato semplificato attengono alle specificità della sua disciplina. Nel concordato preventivo, infatti, al di là delle ipotesi di classi obbligatorie (cfr. art. 182-ter comma 1 l. fall.) o quasi (cfr. art. 163 comma 6 l. fall.), che certo non si applicano nel concordato semplificato (ove sembra abbastanza scontato che non possano trovare ingresso né il trattamento dei crediti tributari e contributivi previsto dall'art. 182-ter l. fall. né l'istituto delle proposte concorrenti), l'inserimento dei crediti in classi separate è funzionale soprattutto a consentire al debitore di acquistare al prezzo "giusto" il voto favorevole dei creditori sulla proposta concordataria: un trattamento necessariamente paritario imporrebbe al debitore di livellare la sua offerta al prezzo richiesto dai creditori più esigenti, anche a beneficio dei creditori meno esigenti. La possibilità di più efficiente allocazione delle limitate risorse della provvista concordataria offerta dalle classi, tuttavia, è compensata dalla più stringente disciplina del voto, dove la formazione di classi di creditori ripristina la doppia maggioranza richiesta dall'art. 177 c. 1° l. fall. (senza dimenticare la più ampia possibilità, offerta ai creditori dissenzienti appartenenti a classe dissenziente dall'art. 180 c. 4° l. fall., di sindacare la convenienza della proposta di concordato nel corso del giudizio di omologazione).

Ebbene, nel concordato semplificato i creditori non votano, e quindi non occorre razionalizzare l'utilizzo della provvista per pagare un prezzo marginale del voto, né è possibile una distribuzione della provvista che alteri l'ordine forte delle cause di prelazione, perché altrimenti, a parità di torta, ci sarebbe necessariamente qualche creditore che otterrebbe una fetta inferiore a quella offerta dalla liquidazione fallimentare, con conseguente inammissibilità della proposta. Poiché, in un concordato ontologicamente senza continuità aziendale diretta, è difficilmente immaginabile che il piano generi qualche forma di "utilità" non monetaria, che potrebbe consentire un diverso trattamento dei crediti che non ne pregiudichi il livello minimo di soddisfacimento, le classi potrebbero tornare utili solo ad un debitore benefattore, che - per ignote ragioni - volesse apportare alla provvista concordataria risorse esterne destinate a soddisfare alcuni creditori più di quanto necessario per porre il loro soddisfacimento ad un livello di equivalenza rispetto all'alternativa fallimentare, senza

per questo pregiudicare gli altri creditori. In conclusione, l'istituto delle classi esiste anche nel concordato semplificato ma probabilmente sarà di dubbia utilità.

Infine, e sempre in merito all'ammissibile contenuto della proposta di concordato semplificato, il soddisfacimento offerto ai crediti privilegiati non potrà essere ovviamente inferiore a quello che questi potranno attendersi dall'applicazione dell'art. 111-quater l. fall. nell'alternativa fallimentare. Non mi sembra che, al fine di determinare il livello minimo di soddisfacimento di questi creditori s'imponga la presentazione della relazione speciale di attestazione richiesta dal comma 2 dell'art. 160 l. fall. nel concordato preventivo, specie considerato che – come ricordato in premessa – sia l'applicazione analogica di norme del concordato "maggiore" richiede una vera lacuna normativa nel concordato "minore" (quale sembra non esserci nel caso di specie), sia occorre evitare di indulgere nella tentazione di omogeneizzare il secondo al primo, rischiando di compromettere la "semplificazione" delle regole che costituisce il *proprium* della disciplina posta dall'art. 18 cit.

3. *Le condizioni di ammissibilità della domanda.*

L'indagine del tribunale propedeutica alla pronuncia del decreto di cui al comma 3 dell'art. 18 cit., che dà impulso alla procedura di concordato semplificato, sarà quindi rivolta all'ammissibilità del contenuto della proposta di concordato, nei termini testé riferiti, ma non solo. Nonostante il precedente esperimento della composizione negoziata, che assume una prima ricognizione dei relativi presupposti, oggettivo e soggettivo, da parte della commissione di nomina e da parte dell'esperto stesso, è immaginabile che il tribunale, al fine dell'apertura della procedura, rinnovi la verifica di tali presupposti. Quanto al soggettivo, potrà accedere al concordato semplificato – a differenza di quanto avviene per il concordato preventivo - ogni imprenditore in quanto tale, già titolato per presentare l'istanza di nomina dell'esperto ex art. 2 comma 1 D.L. cit., e il comma 1 dell'art. 18 cit., infatti, legittima alla domanda di concordato "l'imprenditore", senza particolari qualificazioni. Sarà quindi sufficiente che nell'istante si riconoscano le caratteristiche tipologiche previste dall'art. 2082 c.c., senza che ci si debba occupare di dimensioni dell'organizzazione e di natura dell'attività svolta.

Qualche dubbio in più potrebbe sollevarsi in merito al presupposto oggettivo, perché sia si potrebbe qui tornare a fare riferimento alle condizioni di accesso alla composizione negoziata previste dal comma 1 dell'art. 2 cit., ove si evocano le "condizioni di squilibrio patrimoniale o economico – finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza", sia, ritenuta sussistente una lacuna normativa, si potrebbe invocare per analogia l'applicazione dell'art. 160 comma 1 l. fall., con il suo riferimento ad un atipico stato di crisi¹³. Alla fine, per ragioni già altrove espresse¹⁴, sinché non entrerà in vigore il CCII, con la sua tipica nozione di crisi definita dall'art. 2.a)¹⁵, tra

¹³ Cfr. S. Leuzzi, *Analisi differenziale fra concordati: concordato semplificato vs. ordinario*, in *Diritto della Crisi*, 09.11.2021, p. 5.

¹⁴ V., se si vuole, A. Rossi, *Il presupposto oggettivo, tra crisi dell'imprenditore e risanamento dell'impresa*, nel *Fallimento*, 2021, p. 1501 ss.

¹⁵ La crisi di cui all'art. 2.a) è molto più vicina allo stato d'insolvenza di quanto non debba esserlo il presupposto oggettivo ex art. 2 c. 1° D.L. n. 118/2021.

l'una e l'altro delle opzioni interpretative prospettate non dovrebbe cambiare molto, visto che la crisi di cui all'art. 160 cit. sembra in grado di comprendere tutte le situazioni cui si riferisce lo "squilibrio" di cui all'art. 2 cit., che si estendono dalla crisi incipiente ed "intima" sino all'insolvenza vera e propria, anche irreversibile¹⁶. Vero che il tribunale potrà sempre ritenere insussistente lo stato di crisi, pur "confessato" nella domanda di concordato, ma ben difficilmente – come insegna l'esperienza in materia di concordato preventivo – si darà l'effettiva possibilità di negare l'esistenza della crisi rilevante, anche considerato che al concordato semplificato si giunge dopo un inutile esperimento di composizione negoziata.

Ritengo debba invece escludersi, ai fini dell'ammissibilità della domanda di concordato semplificato e a differenza di quanto richiesto per l'apertura della fase delle trattative, che lo stato di crisi si accompagni ad una concreta prospettiva di risanamento dell'impresa, che potrà esserci, se il piano si atteggi alla continuità aziendale indiretta, ma potrà anche tranquillamente non esserci.

L'ammissibilità della domanda di concordato dipenderà altresì dalla sua tempestività, poiché potrà essere presentata, ai sensi del comma 1 dell'art. 18 cit., solo nei 60 giorni successivi alla "comunicazione" da parte dell'esperto della propria relazione finale, da redigere in ogni caso al termine della fase di composizione negoziata. Si ricorda che l'art. 5 comma 8 D.L. n. 118/2021 prevede che l'esperto sia inserisca la sua relazione finale nella piattaforma telematica istituita ex art. 3 D.L. cit., sia comunichi la stessa relazione all'imprenditore che ne ha chiesto la nomina. Considerato quanto prevede l'art. 18 cit., il *dies a quo* rilevante al fine di verificare la tempestività della domanda di concordato semplificato sarà solo quello della "comunicazione" all'imprenditore, a prescindere dal fatto che la stessa preceda o segua all'inserimento in piattaforma telematica.

Nulla esplicita la legge, ma l'interpretazione già ricorrente fa del termine di 60 giorni un termine di decadenza¹⁷, il cui mancato rispetto rende inammissibile la domanda di concordato, ciò che rende plasticamente l'idea di questa nuova procedura concorsuale come un'appendice facoltativa delle trattative condotte dall'esperto, nelle quali deve trovare un antecedente necessario. Poiché si tratta di termine il cui rispetto condiziona l'ammissibilità di un procedimento, sembra trattarsi di un termine "processuale" nel senso di cui all'art. 1 L.n. 742/1969, che potrà fruire quindi della sospensione feriale salvo che, sulla scia dell'insegnamento della Suprema Corte¹⁸, non sia già pendente un'istanza di fallimento¹⁹.

Come già ritenuto da buona parte della giurisprudenza per il concordato preventivo²⁰, ed oggi esplicitato dall'art. 40 c. 2° CCII, la domanda di concordato, redatta

¹⁶ Nel senso già espresso in A. Rossi, op. cit., p. 1504 s.

¹⁷ Cfr. G. Bozza, op. cit., p. 8; G. Fichera, *Sul nuovo concordato semplificato: ovvero tutto il potere ai giudici*, in *Diritto della Crisi*, 11 novembre 2021, p. 5.

¹⁸ Cfr. Cass. civ., sez. I, 13 giugno 2018, n. 15435.

¹⁹ In caso di previa pendenza di istanza di fallimento, ritengo che il coordinamento con la domanda di concordato semplificato debba seguire i principi di coordinamento delle istanze e di priorità di trattazione riservata alla soluzione concordataria della crisi già espressi da Cass. civ., sez. unite, 15 maggio 2015, n. 9935.

²⁰ Cfr. M. Ferro, P. Bastia, G.M. Nonno (a cura di), *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2013, p. 43 ss.; contra, invece, G. Bozza, op. cit., p. 9.

nella forma del ricorso con cui si chiede la sola omologazione del concordato²¹, dovrà essere sottoscritta da difensore abilitato ai sensi dell'art. 82 c. 3° c.p.c. Avrei invece forti dubbi circa la necessità che la domanda debba anche essere corredata dalla determinazione adottata con le modalità previste dall'art. 152 l. fall. Ferma la necessità che il tribunale accerti i poteri di chi ha rilasciato la procura al difensore (e la possibilità di loro integrazione ex art. 182 c.p.c.), mi sembra che non sussista in realtà una lacuna legis che imponga la ricerca di una norma preanaloga e che, dunque, non ci sia spazio per invocare l'applicazione al concordato semplificato della disciplina in parte qua dettata per il concordato preventivo²². I formalismi procedurali imposti dall'art. 152 l. fall., d'altra parte, mal si attaglierebbero alle istanze di semplificazione di cui l'art. 18 cit. si fa portatore.

La domanda di omologazione del concordato andrà quindi presentata “al tribunale del luogo in cui l'impresa ha la propria sede principale”, in assonanza con quanto previsto dal comma 1 dell'art. 161 l. fall. per il concordato preventivo. Resta però il dubbio se anche per il concordato semplificato vadano o non sterilizzati, ai fini della competenza territoriale, i trasferimenti della sede intervenuti nell'anno precedente al deposito del ricorso²³. Non dovrebbe invece entrare in gioco, per le imprese attratte, quanto a requisiti dimensionali, dalla disciplina in materia di amministrazione straordinaria, l'art. 350 del D. Lgs. n. 14/2019, già in vigore, che prevede la competenza del tribunale sede della sezione specializzata in materia di imprese per l'accertamento dello stato d'insolvenza ma che la Suprema Corte ha recentemente limitato, nel suo ambito di applicazione, solo ai procedimenti relativi ad imprese che già si trovino “in” amministrazione straordinaria²⁴, quale non potrebbe mai essere un imprenditore che chieda l'omologazione di un concordato semplificato.

Quella tuttavia più controversa, tra le condizioni di ammissibilità della domanda di concordato semplificato, consiste nella necessità che l'esperto dichiari, nella sua relazione finale, che: (i) le trattative si sono svolte secondo correttezza e buona fede; (ii) le trattative non hanno avuto esito positivo; (iii) le soluzioni (negoziali o quasi) individuate ai sensi dell'art. 11, commi 1 e 2, D.L. n. 118/2021 non sono praticabili.

Sull'esito negativo delle trattative, nulla quaestio: si tratta di un dato oggettivo, che dovrebbe corrispondere al fatto che le trattative non sono sfociate in alcuna delle soluzioni della crisi previste dai commi 1 e 2 dell'art. 11 D.L. cit., le soluzioni veramente “finali” (*recte*: non bisognose di altra, consecutiva procedura concorsuale) e che consentono all'esperto di maturare un compenso doppio ai sensi del comma 5 dell'art. 16 D.L. cit.

Dubbi, invece, e consistenti, possono sorgere circa lo svolgimento delle trattative secondo correttezza e buona fede, requisito introdotto nell'art. 18 solo con la legge di conversione.

Innanzitutto, deve ritenersi che il concordato semplificato sia ammissibile solo se le trattative siano state effettivamente avviate dall'esperto, che abbia constatato ex art 5

²¹ Essendo sparito ogni riferimento esplicito all'ammissione del debitore alla procedura di concordato.

²² Cfr. G. Bozza, op. cit., p. 9; S. Leuzzi, op. cit., p. 10.

²³ A stretto rigore, anche in questo caso non sembra ravvisabile una lacuna normativa; in tal senso, cfr. G. Bozza, op. cit., p. 9.

²⁴ Cfr. Cass. civ., sez. VI, ord. 9 luglio 2021, n. 19618.

comma 5 D.L. cit. la concretezza delle prospettive di risanamento (nell'ampia accezione di cui al par. 2 del "Protocollo di conduzione della composizione negoziata", sezione III del documento recepito dal Decreto Dirigenziale del 28 settembre 2021). Se, quindi, l'esperto proceda immantinentemente alla richiesta di archiviazione dell'istanza di composizione negoziata, senza dare ingresso alle trattative, non ci sarà spazio per l'imprenditore per procedere poi alla presentazione di una domanda di concordato semplificato.

Ma l'apertura delle trattative, pur necessaria, non è certo sufficiente, perché queste dovranno altresì essere state condotte "secondo correttezza e buona fede". Ci si deve quindi interrogare su quale sia il comportamento esigibile, evidentemente dal solo debitore, affinché possa dirsi che questi, nello svolgimento delle trattative coadiuvate dall'esperto, ha rispettato i canoni della correttezza e della buona fede.

La risposta può essere data su due livelli: il primo piuttosto arretrato ma poco discutibile, il secondo più avanzato ma anche dotato di un maggiore grado di opinabilità.

Al primo livello, è imprescindibile il rispetto dei principi che, per legge, devono guidare il comportamento dell'imprenditore nel corso della composizione negoziata; in particolare: "L'imprenditore ha il dovere di rappresentare la propria situazione all'esperto, ai creditori e agli altri soggetti interessati in modo completo e trasparente e di gestire il patrimonio dell'impresa senza pregiudicare ingiustamente gli interessi dei creditori" (art. 4 comma 5 D.L. cit.). Quanto alla gestione dell'impresa, ai sensi del comma 1 dell'art. 9 D.L. cit., l'imprenditore dovrà evitare di pregiudicare la "sostenibilità economico – finanziaria dell'attività" nonché, se insolvente, dovrà orientare la gestione al "prevalente interesse dei creditori".

Non è questa la sede per dare maggiore concretezza a tali criteri gestionali, ma sembra imprescindibile che le trattative possano considerarsi condotte correttamente e in buona fede se (e solo se) l'imprenditore impieghi tempo e risorse non a vuoto e brancolando affannosamente tra ipotesi astratte ed irrealistiche di soluzione della crisi ma destinando questi fattori di creazione del valore alla costruzione di una seria proposta da veicolare a beneficio dei creditori o, comunque, di quelle parti la cui adesione sia in sé necessaria - ma anche sufficiente - al buon esito delle trattative (nel senso sopra precisato).

Qualche dubbio può porsi circa la rilevanza del comportamento del debitore anteriore alla presentazione dell'istanza di nomina dell'esperto e, quindi, all'avvio delle trattative. Non può escludersi, infatti, che l'imprenditore "astuto" si prepari adeguatamente alla composizione negoziata ponendosi in condizioni tali da presentarsi ai creditori in una situazione già ex ante compromessa da atti distrattivi o anche solo "protettivi" (tipicamente: un contratto di affitto d'azienda stipulato a condizioni non eque). In questo caso, a stretto rigore, le trattative potrebbero essere anche condotte secondo buona fede, ma muovendo da posizioni di partenza che sarebbero il frutto di un comportamento malevolo del debitore, e non mi sembra che l'esperto potrebbe omettere di rappresentare nella sua relazione finale gli antefatti (rilevanti) della composizione negoziata e la loro eventuale incidenza sul giudizio di complessiva correttezza da riservare all'imprenditore.

Ma ritengo si possa e si debba andare oltre, nella qualificazione del comportamento del debitore nel corso delle trattative, e qui interviene il secondo livello della risposta al

quesito affrontato, la cui analisi presuppone di interrogarsi circa le ragioni che possano avere portato il legislatore a sottrarre ai creditori il diritto di votare sulla proposta di concordato semplificato. Non mi sembra che queste ragioni attengano ad esigenze di semplificazione della procedura: l'adozione di modalità analoghe a quelle previste per il concordato fallimentare (assenza dell'adunanza dei creditori e silenzio – assenso) non avrebbe comportato un appesantimento eccessivo e forse si sarebbe potuta accompagnare alla previsione di qualche condizione legittimante l'opposizione all'omologazione del concordato (e dipendente, ad esempio, dal dissenso dei creditori, che però presuppone il diritto di voto). Ritengo, invece, che, anche considerata la necessaria propedeuticità di un serio tentativo di composizione negoziata della crisi dell'imprenditore, ai creditori sia negato il voto perché hanno già avuto la possibilità di esercitare il diritto di voce nel corso delle trattative, ma questa possibilità non ha consentito il conseguimento del risultato della soluzione negoziale della crisi. Potrebbe cioè ritenersi che il concordato semplificato presupponga che i creditori abbiano già giocato la loro partita nel corso delle trattative coadiuvate dall'esperto ma l'abbiano giocata male, e questo spiegherebbe perché, chiusa senza esito positivo la fase della composizione negoziata, nel corso della procedura di concordato semplificato l'interlocuzione avvenga esclusivamente tra imprenditore e tribunale, con l'esclusione di una partecipazione attiva dei creditori (salva sempre la facoltà di opposizione all'omologazione spettante ad ogni creditore).

Se così è, però, le trattative possono dirsi condotte secondo buona fede se (e solo se) i creditori abbiano potuto esprimersi effettivamente su una proposta di soddisfacimento dei loro crediti che sia stata presentata dall'imprenditore nel corso delle trattative stesse. Ancor di più: la buona fede dell'imprenditore dipende dal fatto che la proposta avrebbe assicurato ai creditori un livello di soddisfacimento almeno equivalente a quello che gli stessi potrebbero ricevere dalla liquidazione fallimentare (e quindi da un concordato semplificato), sì che il diniego di accettazione della proposta stessa da parte dei creditori sarebbe stato irrazionale.

Sarà altresì rilevante il modo con il quale la proposta sarà veicolata ai creditori, e a ciò fa riferimento il comma 1 dell'art. 18 cit. laddove richiede (anche) che nessuna delle soluzioni negoziali previste dai commi 1 e 2 dell'art. 11 D.L. cit. sia "praticabile". A tal proposito, assume grande rilievo il richiamo, da parte dell'art 18 cit., anche del comma 2 dell'art. 11 cit., che prevede un "esito positivo" delle trattative anche se queste sono funzionali alla presentazione di una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti. La disciplina posta dall'art. 11 comma 2 cit., infatti, esalta ulteriormente il principio maggioritario nell'accordo di ristrutturazione dei debiti ad efficacia estesa, consentendo la riduzione della maggioranza richiesta per l'estensione degli effetti ai creditori dissenzienti dal 75% al 60%. Ciò significa però che l'imprenditore non può accontentarsi di presentare la proposta "giusta" ai suoi creditori, affinché il suo comportamento nel corso delle trattative sia considerato corretto e secondo buona fede, ma deve altresì utilizzare lo strumento "giusto" per scavalcare eventuali dinieghi opposti da alcuni creditori in maniera irrazionale, quale potrebbe essere per l'appunto l'accordo ad efficacia super-estesa di cui al comma 2 dell'art. 11 cit.

In ultima analisi, nella opzione interpretativa qui esposta, potrà dirsi veramente corretto e conforme a buona fede l'atteggiamento dell'imprenditore nello svolgimento

delle trattative solo se sarà sfociato in una proposta: i) effettivamente sottoposta ai creditori; ii) recante un soddisfacimento almeno equivalente a quello atteso da un'eventuale liquidazione fallimentare; iii) veicolata attraverso lo strumento giuridico, fra quelli disponibili ai sensi dei commi 1 e 2 dell'art. 11 D.L. cit., più adatto a consentirne l'approvazione.

Tutto questo dovrà essere esplicitato nella relazione finale dell'esperto, affinché questi possa poi concludere riconoscendo all'imprenditore di avere svolto le trattative "secondo correttezza e buona fede" e, qualora si accolga questo secondo livello della risposta che qui si propone al quesito iniziale, la via di accesso al concordato semplificato dovrà ritenersi molto più stretta di quanto non fosse nella versione dell'art. 18 cit. anteriore alla legge di conversione, con una selezione all'ingresso estremamente rigorosa e tale da rendere il nuovo istituto strumento di governo della crisi d'impresa non così generalizzato quale lo si immaginava all'alba del D.L. n. 118/2021.

4. *Il decreto di apertura della procedura di concordato semplificato.*

Il tribunale, salvo quanto infra circa l'acquisizione del parere dell'esperto, apre di fatto la procedura – pur concentrata – con il decreto previsto dai commi 3 e 4 dell'art. 18 cit. solo una volta "valutata la ritualità della proposta"²⁵. Com'è evidente, dunque, anche in mancanza di un vero e proprio decreto di ammissione dell'imprenditore alla procedura di concordato semplificato²⁶, è inimmaginabile che il tribunale sia tenuto, pur che gli si presenti un ricorso per l'omologazione del concordato semplificato, a disporre le formalità necessarie alla sua eventuale omologazione. Sempre e comunque, già in occasione del decreto di apertura della procedura²⁷, si darà corso ad una valutazione di "ritualità" (*recte*: ammissibilità) non solo della proposta, ma anche della domanda di concordato, sì che il tribunale procederà con l'emissione del decreto solo dopo avere svolto una (pur) sommaria ricognizione delle condizioni di ammissibilità di proposta e domanda ricordate nei paragrafi precedenti: contenuto tipicamente liquidatorio della proposta, rispetto dell'ordine delle cause di prelazione, corretta formazione della classi di creditori (se mai ce ne saranno), livello minimo di soddisfacimento dei creditori non inferiore a quello atteso dall'alternativa fallimentare²⁸, presupposto soggettivo e oggettivo (per i quali il tribunale non sarà certo vincolato a quanto constatato nella precedente fase di composizione negoziata), forma del ricorso, difesa tecnica, tempestività della domanda, competenza, completezza degli allegati.

²⁵ Fermi, ovviamente, gli effetti già prodotti dalla pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese ai sensi del comma 2 dell'art. 18 D.L. n. 118/2021.

²⁶ Cfr. R. Guidotti, *La crisi d'impresa nell'era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 08.09.2021, p. 21. In mancanza di un decreto di ammissione, non si può a stretto rigore revocare l'ammissione del debitore alla procedura di concordato, ed è per questo che il comma 8 dell'art. 18 D.L. n. 118/2021, ai fini dell'applicazione dell'art. 173 l. fall. richiamato dal comma stesso, equipara il decreto di cui ai commi 3 e 4 dello stesso art. 18 ad un decreto di ammissione.

²⁷ Per tale intendendosi il decreto previsto dai commi 3 e 4 dell'art. 18 D.L. n. 118/2021.

²⁸ Quanto meno, nelle promesse del debitore; cfr., infatti, G. Bozza, op. cit., p. 17: "non vi è motivo per cui il tribunale, in questa fase iniziale, debba svolgere controlli di merito sui presumibili risultati della liquidazione".

Per quanto riguarda il piano di concordato, dal contenuto necessariamente liquidatorio, si ricorda che non è richiesta l'attestazione del professionista indipendente circa la sua fattibilità, la quale dovrà essere accertata dal tribunale, anche da un punto di vista economico, in sede di omologazione²⁹. Non escludo, dunque, che sin dall'apertura della procedura il tribunale possa esprimere un primo, sommario giudizio di manifesta inettitudine del piano al conseguimento dei risultati prefissati, in grado di impedire in limine l'ingresso dell'imprenditore istante nella procedura di concordato semplificato. Parimenti, si giustificherà un decreto di rigetto immediato della domanda di omologazione qualora si constati l'assenza non rimediabile di condizioni di ammissibilità. Qualora, infatti, si rendano necessarie integrazioni o modifiche di proposta, piano, apparato documentale, il tribunale potrà disporre la relativa richiesta, se del caso in applicazione analogica dell'art. 162 comma 1 l. fall. o anche solo ai sensi dell'art. 738 comma 3 c.p.c.

In maniera analoga a quanto accade nel concordato preventivo a proposito della possibilità del tribunale di mettere in dubbio l'attestazione di fattibilità del piano resa ex art. 161 comma 3 l. fall. dal professionista indipendente, si proporrà, quanto al concordato semplificato, il dubbio se il tribunale possa mettere in discussione il giudizio espresso dall'esperto nella propria relazione finale circa lo svolgimento delle trattative "secondo correttezza e buona fede". Il dubbio mi sembra rilevante, perché è evidente che il debitore presenterà al tribunale domanda di omologazione del concordato solo se la relazione finale dell'esperto – con ogni probabilità già allegata al ricorso, anche se a stretto rigore non richiesta – esprima un giudizio positivo sul comportamento tenuto dall'imprenditore nel corso del tentativo di composizione negoziata, ma occorre comprendere se e quanto il tribunale sia vincolato al giudizio colà espresso.

Mi sembra di dover escludere le soluzioni interpretative estreme: sia quella per cui il tribunale non possa che assumere a "prova legale" della condizione legittimante la relazione finale dell'esperto, sia quella per cui il tribunale consideri detta relazione finale un orpello necessario ma del tutto insufficiente al fine della qualificazione del comportamento dell'imprenditore istante, che dunque dovrebbe essere rinnovata ab ovo nel corso della procedura di concordato semplificato.

Nel mezzo, si può sostenere che la relazione finale faccia fede circa il comportamento dell'imprenditore nel corso delle trattative se ed in quanto sia completa, razionale (non immune da vizi logici), intrinsecamente coerente, comprensibile³⁰. D'altra parte, il tribunale, quanto meno all'*incipit* della procedura, non dispone di elementi valutativi che gli consentano agevolmente di esprimere un giudizio contrario a quello espresso dall'esperto, visto che l'atteggiamento dell'imprenditore nel corso delle trattative risulterà da verbali e documenti coperti dalla riservatezza richiesta dall'art. 4 D.L. cit. e dal par. 8 del "Protocollo di conduzione della composizione negoziata" e per questo probabilmente neppure caricati nella piattaforma telematica (l'accessibilità alla quale da parte del tribunale non risulta d'altronde scontata).

²⁹ Cfr. G. Bozza, op. cit., p. 35: "l'aver previsto esplicitamente che il tribunale omologa il concordato verificata la fattibilità del piano è chiaro indice della volontà di introdurre un controllo sulla fattibilità economica del piano".

³⁰ Cfr. S. Leuzzi, op. cit., p. 12: "Si crea una diga relevantissima in capo all'autorità giudiziaria, chiamata a compiere una valutazione di merito sul contenuto della relazione"; v. anche G. Fichera, op. cit., p. 8.

È evidente che in questo momento valutativo, più che in altri, si giocherà la selezione all'ingresso del concordato semplificato, con il rischio di ricondurre alla mancanza di correttezza e buona fede dell'imprenditore quelle situazioni nelle quali si sarebbe riscontrato un ricorso abusivo allo strumento concordatario. E l'ampiezza delle soluzioni interpretative potrà portare inevitabilmente – e ancora una volta – ad una qualificazione delle fattispecie non omogenea da tribunale a tribunale, con il rischio di un'applicazione della nuova disciplina a geografia variabile.

Superato il preliminare vaglio di ammissibilità (o “ritualità” che dir si voglia) della proposta concordataria e della domanda di omologazione, con il decreto di “apertura” il tribunale dispone quanto necessario per istruire il giudizio di omologazione, in particolare nominando un ausiliario e acquisendo sia un parere dell'esperto che ha condotto le trattative nel corso della composizione negoziata, “con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie offerte”, sia un parere dell'ausiliario ad oggetto indefinito.

Per la nomina dell'ausiliario, in maniera per vero alquanto singolare, l'art. 18 cit., tramite il rinvio a norme poste dal D. Lgs. n. 159/2011 a proposito della nomina dell'amministratore giudiziario nei procedimenti previsti dal codice c.d. antimafia, si preoccupa soprattutto di evitare suoi rapporti con l'autorità giudiziaria nominante, nulla però prevedendo circa la rilevanza di eventuali rapporti con il debitore, né sembrando possibile l'applicazione tout court dell'art. 28 l. fall.³¹

L'ausiliario, nominato con il decreto di apertura, non riveste esattamente gli stessi ruoli del commissario giudiziale nel concordato preventivo, non essendo in particolare richiamato l'art. 165 l. fall. Può quindi dubitarsi se sia o no un pubblico ufficiale, anche se la qualifica potrebbe derivargli non da un'esplicita previsione di legge ma dall'esercizio delle funzioni che la legge (e il tribunale) gli assegna³². Parimenti, non viene richiamato l'art. 171 l. fall., e quindi l'ausiliario non sarà tenuto per legge alla verifica dell'elenco dei creditori (elenco necessariamente depositato dall'imprenditore istante, giusta il richiamo dell'art. 161 comma 2, lett. “b”, l. fall., da parte dell'art. 18 comma 1 D.L. n. 118/2021). Probabilmente spettano all'ausiliario compiti di vigilanza sull'operato dell'imprenditore in corso di procedura³³, come risulta implicitamente dal richiamo degli artt. 167 (nel comma 2 dell'art. 18 cit.) e 173 l. fall. (nel comma 8 dell'art. 18 cit.), ma la figura resta circondata da un alone di atipicità che lascia un poco disorientati, restando meglio definiti soltanto i suoi compiti nella fase di esecuzione (anche anticipata rispetto all'omologazione) della proposta concordataria.

Al tribunale, dunque, sarà lasciata carta sostanzialmente bianca nell'individuare poteri e funzioni dell'ausiliario nominato con il decreto di apertura e la selezione del professionista sarà verosimilmente fatta nel rispetto, oltre che delle norme del D. Lgs. n. 159/2011 espressamente richiamate, anche di quanto previsto dall'art. 28 l. fall.

Come sono indefiniti poteri e funzioni dell'ausiliario, così resta indeterminato il contenuto del parere che questo sarà tenuto a redigere, mancando in particolare ogni rinvio al contenuto tipico della relazione del commissario giudiziale enucleato dall'art.

³¹ Cfr. G. Bozza, op. cit., p. 23; G. Fichera, op. cit., pp. 10 s.

³² Cfr. G. Bozza, op. cit., p. 25, anche per i riferimenti giurisprudenziali.

³³ Cfr. G. Bozza, op. cit., p. 25.

172 l. fall.³⁴. Ancora una volta, sarà il tribunale nominante a decidere cosa gli occorra per pronunciarsi motivatamente sull'omologazione del concordato e, in particolare, per decidere sulla sussistenza delle condizioni di legittimità della proposta di concordato e sulla fattibilità del piano. Considerato poi che manca l'attestazione del professionista indipendente sulla veridicità dei dati aziendali ostentati dall'imprenditore, senz'altro necessaria all'espressione del giudizio sulla fattibilità del piano (che deve necessariamente poggiare su dati veri), non può escludersi che l'ausiliario venga investito anche di questo compito.

Insomma c'è da attendersi che il compito dell'ausiliario sarà estremamente gravoso e sembra quindi necessario che il termine concessogli ai sensi del comma 3 dell'art. 18 cit. risulti adeguato all'opera richiesta.

Oltre al parere dell'ausiliario, il decreto di apertura del concordato semplificato richiederà altresì un nuovo intervento dell'esperto, chiamato a redigere un secondo parere circoscritto ai "presumibili risultati della liquidazione [svolta in esecuzione del concordato, n.d.r.] e alle garanzie offerte", se mai, ovviamente, la proposta concordataria preveda il rilascio di garanzie di adempimento delle obbligazioni concordatarie.

L'intervento dell'esperto nella procedura di concordato semplificato è abbastanza anomalo, per una ragione di fondo: l'esperto non è un altro "ausiliario" del tribunale, visto che non è da questo scelto e nominato, né l'esperto deve rinnovare la sua accettazione dell'incarico. Con ogni probabilità, l'esperto non riceverà neppure alcun compenso per questo supplemento di attività³⁵, che tutto può dirsi tranne che di semplice attuazione, dovendo sostanzialmente l'esperto esprimere un giudizio valutativo che concerne l'intero piano di concordato.

In tutto ciò, occorre altresì considerare che l'esperto, ai sensi del comma 8 dell'art. 5 D.L. cit., ha terminato l'incarico che aveva accettato, e per il quale ha maturato il diritto al compenso previsto dall'art. 16 D.L. cit., già al momento del caricamento in piattaforma telematica della sua relazione finale³⁶. Insomma, occorre immaginare che, a sua insaputa e a seguito dell'iniziativa del debitore che deposita la domanda di concordato, l'esperto debba tornare in servizio per rendere in tempi stringenti un'onerosa attività per la quale non avrà diritto ad alcun compenso! Si tratta senz'altro di un potente incentivo a valutare con estremo rigore correttezza e buona fede dell'imprenditore nel corso delle trattative (il giudizio negativo, come visto, impedisce la proposizione del concordato semplificato), ma sembra che il sistema traballi un poco. Già non è semplice capire quale rapporto intercorra tra esperto e debitore³⁷, ma ancor meno agevole risulta l'individuazione della

³⁴ Ma per G. Fichera, op. cit., p. 12, "il contenuto del citato parere del professionista non potrà che coincidere con quello che ancora oggi deve rendere il commissario giudiziale, ai sensi dell'art. 172, primo comma, l. fall."

³⁵ Ai sensi dell'art. 52 disp. att. c.p.c., la liquidazione del compenso dell'ausiliario è fatta dal giudice nominante, che nel caso dell'esperto manca del tutto.

³⁶ Cfr. G. Bozza, op. cit., pp. 17 ss.

³⁷ Dovrebbe trattarsi di un rapporto di prestazione di un servizio professionale, in cui l'imprenditore in crisi riveste il ruolo di committente, anche se non spetta a lui la scelta del professionista. Il D.L. n. 118/2021, peraltro, non esplicita mai che è il debitore a dover sostenere il costo della composizione negoziata e, quindi, a dover assumere l'obbligo di pagamento del compenso dell'esperto: il comma 9 dell'art. 16 fa riferimento, con il consueto ermetismo, ad un "accordo tra le parti", senza precisare se le parti siano solo l'esperto ed il debitore o l'accordo debba coinvolgere anche i creditori o altri soggetti ancora. L'unico indizio utile a ritenere che l'imprenditore in crisi sia effettivamente il soggetto obbligato a pagare il compenso dell'esperto risulta dal comma 11 dell'art. 16 D.L. n.

natura del rapporto tra esperto e tribunale e, soprattutto, la comprensione dei poteri di coercizione che l'ufficio giudiziario abbia per pretendere dall'esperto, negli stretti tempi richiesti dalle esigenze di concentrazione della procedura, la redazione del parere previsto dal comma 3 dell'art. 18 cit.³⁸.

Né l'art. 18 cit. chiarisce quali siano le modalità di acquisizione del parere dell'esperto da parte del tribunale³⁹. Se, infatti, il comma 3 dell'art. 18 cit. prevede che il decreto di apertura della procedura stabilisca un termine all'ausiliario per la redazione del suo parere, termine analogo non sembra debba essere concesso all'esperto. Ritengo si tratti di una lacuna che possa essere agevolmente rimediata dal tribunale, con l'assegnazione dello stesso (o di diverso) termine anche all'esperto ovvero con l'acquisizione del parere di quest'ultimo mediante l'atipico provvedimento istruttorio previsto, per i procedimenti in camera di consiglio, dall'art. 738 c. 3° c.p.c.

Resta poi qualche dubbio sulla necessità (o anche solo la possibilità) che il decreto di apertura provveda alla nomina di un giudice delegato alla procedura. Vero che questa dovrebbe avere breve durata⁴⁰, ma il richiamo dell'art. 167 l. fall. potrebbe implicitamente richiedere la nomina di quest'organo⁴¹. Nulla, ancora, si dice a proposito della possibilità di imporre al debitore il deposito delle spese di giustizia previsto dall'art. 163 c. 2°, n. 4), l. fall., norma che fatica a ritenere applicabile per analogia al concordato semplificato, sia per l'assenza di una vera *lacuna legis*, sia per le caratteristiche di semplificazione dell'istituto in esame⁴². Né mi sembra che il richiamo dell'art. 173 l. fall. da parte del comma 8 dell'art. 18 cit. porti altresì con sé un rinvio al comma 3 dell'art. 163 cit. e da qui al n. 4) del comma 2 dell'art. ult. cit.

Infine, sempre con il decreto di "apertura" si predispose il giudizio di omologazione e quindi la chiusura della procedura, sia con le disposizioni attinenti agli obblighi informativi che il debitore deve assolvere nei confronti dei creditori (comunicazione di proposta concordataria, relazione finale dell'esperto, parere dell'ausiliario, parere dell'esperto), sia con la fissazione dell'udienza di omologazione, che dovrà seguire di almeno 30 giorni le comunicazioni imposte al debitore ai sensi del comma 4 D.L. cit. Il consenso informato dei creditori, privati del diritto di voto nel concordato semplificato, dovrà infatti risultare quanto meno nel corso del giudizio di omologazione ove, in mancanza di dissenzienti, l'opposizione sarà aperta ad ogni creditore.

Antonio Rossi

118/2021, ove si attribuisce al credito dell'esperto il carattere delle prededucibilità, ciò che implicitamente evoca la crisi del soggetto tenuto al pagamento.

³⁸ Né è così scontata l'applicabilità all'esperto renitente dell'art. 366 c.p., visto che non è nominato dal tribunale né può essergli attribuita la qualifica di "testimone" (specie alla luce di quanto previsto dall'art. 4 comma 3 D.L. n. 118/2021).

³⁹ G. Bozza, op. cit., p. 18, assume che "dovrà essere il debitore, all'atto o prima ancora di richieder 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".

⁴⁰ Qualche mese sarà comunque da mettere nel conto, considerato il tempo necessario alla redazione dei pareri dell'ausiliario e dell'esperto ed il termine dilatorio di 30 giorni a beneficio dei creditori previsto dal comma 4 dell'art. 18 cit. Cfr., ancora, G. Bozza, op. cit., pp. 20 s.

⁴¹ In senso contrario, sembra, cfr. G. Bozza, op. cit., p. 16.

⁴² Cfr. G. Fichera, op. cit., p. 8: "Manca poi qualsiasi riferimento al fondo spese della procedura, ex art. 163 l. fall., che dunque non dovrà più essere depositato".