

Salvatore Leuzzi

Il concordato semplificato:
uno sguardo d'insieme

SOMMARIO: 1. L'innesto sistematico del concordato semplificato. 2. Il presupposto omogeneo della crisi-insolvenza e le sue implicazioni. - 3. Affinità e divergenze fra vecchio e nuovo concordato liquidatorio. - 4. L'omologazione e gli effetti del concordato. - 5. Il trattamento dei creditori. - 6. Le regole sulla liquidazione.

1. *L'innesto sistematico del concordato semplificato.*

L'art. 18 D.L. 118/2021 introduce una procedura concordataria agevolata quale *exitus* possibile della composizione negoziata che non abbia partorito soluzioni efficaci¹. Il nuovo strumento si iscrive nel novero dei concordati liquidatori, mutuandone espressamente le funzioni². Ben si presta, nondimeno, a favorire la salvaguardia di quanto rimane della continuità dell'impresa decotta, assicurandone la cessione mentre, pur annaspando, essa è ancora in vita³.

Il concordato di nuova generazione è delineato come *extrema ratio*, cui affidarsi quando tutti gli altri strumenti di affronto della crisi – tanto contrattuali, quanto concorsuali – siano certificati dall'esperto come impraticabili. È a quel punto soltanto che attraverso il veicolo concordatario può addivenirsi ad una rapida cessione dell'azienda, finanche in anticipo sull'omologa.

L'imprenditore deve persuadersi che l'esperto abbia ragione, apprezzandone la relazione finale, quindi metabolizzando, bontà sua, che l'unica “carta” rimasta nel mazzo è quella liquidatoria del “non fallimento”⁴. Quella carta deve giocarsela dinanzi ad un tribunale “gemello” rispetto a quello “fallimentare”, posto che chiedendo l'omologazione di fatto consuma la propria resa, spogliandosi anzitempo dei beni, per alienarli a terzi in favore dei creditori.

E tuttavia, dal punto di vista dell'imprenditore, guadagnare l'esonero dal fallimento, è di per sé un beneficio. *Ex latere debitoris* la funzione che contrassegna ontologicamente il concordato – quindi pure quello semplificato – è in effetti quella eminentemente esdebitatoria: attraverso il concordato si raggiunge l'obiettivo di appianare, pur pagando lo scotto di lasciare ad altri l'azienda, le esposizioni passive dell'impresa, smarcandola, in esito all'adempimento concordatario, dalle obbligazioni originarie con riferimento al residuo non corrisposto.

Il debitore esce di scena e percorre il senso di marcia obbligato della dismissione dell'azienda al miglior offerente o all'unico che s'interessa al complesso produttivo. È la

¹ La lett. b) del comma terzo dell'art. 11 recita inequivocabilmente che: “l'imprenditore può proporre la domanda di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all'articolo 18 del presente decreto”.

² Lo statuto della continuità aziendale non è richiamato e non si applica. Non è un caso che il debitore sia onerato del deposito della documentazione di cui all'art. 161 e non di quella di cui all'art. 186-bis.

³ Di recente in tema v. A. Pezzano e M. Ratti, *Il concordato preventivo semplificato: un'innovazione solo per i debitori meritevoli, funzionale al migliore soddisfacimento dei creditori (ed a qualche salvataggio d'impresa)*, in *dirittodellacrisi.it*.

⁴ G. La Croce, *Dalla negoziazione assistita al concordato semplificato*, in *La crisi d'impresa*, a cura di M. Pollio, 2021, p. 261.

stessa operazione che si compirebbe, sotto l'egida del curatore, in un futuribile fallimento, ma a distanza di mesi, quando dell'azienda sarebbe spirato il residuo soffio vitale.

L'istituto neonato scongiura, allora, lo smembramento e la disgregazione del compendio aziendale o perlomeno ci prova. Ma la liquidazione avviene in funzione eminentemente soddisfattoria, proprio come accadrebbe in un fallimento, e la vendita unitaria dell'azienda appare come nient'altro che una modalità funzionale ad acquisire un maggior ricavo rispetto ad una successiva alienazione parcellizzata di macchine spente.

Il varco d'accesso al concordato semplificato è assai stretto ed è l'ultimo transitabile, quando non si scorge altro bivio possibile.

Ciò giustifica perfino come necessaria la divaricazione del nuovo strumento dal concordato liquidatorio ordinario in punto di percentuale di soddisfacimento dei creditori: vi è un imprenditore che alza bandiera bianca e passa la mano; vi è da proteggere il brandello di continuità che rimane e suo tramite – per quel poco che ormai si può – le “posizioni” in senso lato dei creditori.

Certo, un'azienda in piedi e senza saracinesche abbassate finisce per passare di proprietà senza il voto dei titolari delle pretese. Eppure, il bilanciamento della scelta avviene su due piani convergenti: il primo attiene all'estensione onnicomprensiva del rimedio dell'opposizione all'omologa, utile a agitare ogni contestazione di forma, di sostanza, di convenienza; il secondo riposa nel correlato ampliamento del perimetro del sindacato giurisdizionale in ambito di omologa, nel quale ricade un vaglio *tout court* e senza distinguo di fattibilità⁵.

Nel quadro dell'imprenditore che leva le tende è fin troppo ovvio non vi sia alcunché da potere o dovere “assicurare”: non la misura minima del 20% (art. 160, comma 4, L. fall.), non un soddisfacimento addirittura maggiore di almeno il 10% di quello ritraibile in ipotesi di liquidazione concorsuale (futuribile art. 84, comma 4, L. fall.).

Ed allora, l'art. 18 D.L. n. 118 del 2021 è un addendum imposto da un'impossibilità diffusa: quella degli imprenditori prostrati dal Covid, di dimensioni medio-piccole soprattutto, di avvalersi del concordato ordinario, troppo rigido nelle forme, ipertrofico nelle pretese.

Quando lo squilibrio è incolmabile e a nulla è valso l'intervento dell'esperto facilitatore (e pacificatore), l'unico obiettivo non velleitario coincide con un risultato equipollente a quello conseguibile in un fallimento ipotetico; il solo mezzo spendibile diviene allora una procedura che fa di snellezza e rapidità virtù, assicurando il contraddittorio, ma sterilizzandone tempi, costi e incombenti, quindi affidandosi ad un sondaggio non schematico del mercato e al contrappeso di un'accresciuta responsabilità decisionale del giudice.

È fisiologico, in questo quadro, che l'epilogo del concordato semplificato non possa reggersi nemmeno concettualmente sul miglior soddisfacimento dei creditori, ma debba accontentarsi dell'assenza del pregiudizio. Quando l'imprenditore varca di buon grado

⁵ L'ampliamento del vaglio giudiziale è scorto anche da S. Ambrosini, *Il concordato semplificato: primi appunti*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 23.9.2021, il quale constata “uno spostamento del baricentro dai creditori (non chiamati al voto e facoltizzati semplicemente a opporsi all'omologazione) al tribunale, deputato a concedere l'imprimatur al concordato senza che questo sia stato, per l'appunto, approvato dai creditori” con un conseguente “rafforzamento delle prerogative giudiziali”. V. anche le riflessioni di G. Fichera, *Sul nuovo concordato semplificato: ovvero tutto il potere ai giudici*, in *dirittodellacrisi.it*.

l'uscita di sicurezza dal mercato, perché ogni altra porta è sbarrata e preclusa, ciò a cui si può aspirare è la ripartizione tra i creditori delle utilità ricavabili, a ognuno di essi dovendosene riservare almeno una, quale che sia (come opportunamente l'art. 18, comma 5, d.l. n. 118 del 2021 s'incarica di puntualizzare).

Nel contesto del concordato semplificato non vi è una cessione accettata dai creditori, il che pare escludere in radice la discussa questione della cedibilità solo parziale dei beni⁶. Il debitore non può, d'altronde, restringere la garanzia generica ex art. 2740 c.c. se non sull'accordo coi creditori, che qui non esiste.

Come è stato evidenziato, quando il debitore diventa insolvente inizia la transizione dell'impresa dal controllo esclusivo del medesimo al controllo dei creditori, ossia dei soggetti che somministrano oramai il capitale di rischio, atteggiandosi a veri titolari degli interessi economici sottesi⁷.

La valutazione di miglior soddisfacimento dei creditori è richiamata dal legislatore esclusivamente per il concordato con continuità aziendale, non esportabile alle altre tipologie concordatarie⁸, se non “quale regola di scrutinio della legittimità degli atti compiuti dal debitore ammesso alla procedura”⁹, utile in rapporto al compimento di atti di ordinaria amministrazione o di disciplina dei rapporti pendenti.

Questo è il sistema ed ha una sua evidente razionalità. Che poi la prassi si esponga a storture e disillusioni è un rischio supponibile, ma non condizionante, atteso che il sistema va eretto e interpretato per principi, non per inconvenienti.

Per il resto, non v'è divario netto fra ordinario e semplificato, presentando quest'ultimo, al pari del primo, le caratteristiche più ricorrenti e vistose dell'archetipo “procedura concorsuale”¹⁰.

Intanto, perché postula un accertamento della crisi-insolvenza da parte dell'autorità giudiziaria, cui si accompagna il successivo controllo della stessa sull'appendice gestoria del dissesto concorsualizzato.

Inoltre, perché vi è un meccanismo di protezione patrimoniale, declinato in uno stay delle iniziative cautelari ed esecutive e nel freno all'accaparramento delle prelazioni; il blocco, tra l'altro, nel semplificato è identico a quello del concordato ordinario, stante il richiamo all'art. 168 contenuto nel comma 2 dell'art. 18 del D.L. n. 118/2021.

Ancora, perché si assiste alla realizzazione attraverso i beni del debitore della garanzia patrimoniale, con la creazione di un vincolo su un complesso dei beni in funzione satisfattiva dei creditori, sotto lo standard della par condicio.

⁶ Fornisce una sintesi critica delle posizioni in campo A. Zanardo, *Il concordato con cessione (parziale) dei beni: ammissibilità e disciplina*, in *Dir. Fall.*, 2017, 6, 1357.

⁷ L. Stanghellini, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007, in partic. a pp. 50 s. e 177 ss.; v. anche F. Fimmanò, *L'allocazione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, in *Riv. Società*, 2010, pp. 64 e 79.

⁸ L'estensione è peraltro perorata da Cass., 19 febbraio 2016, n. 3324, in *Fallimento*, 2016, p. 791, con nota di F. De Santis.

⁹ Trib. Monza, 25 gennaio 2017, edita su *Ilcaso.it*.

¹⁰ Secondo il condivisibile avviso di G. D'Attorre, *Il concordato semplificato*, cit., p. 1606, il concordato semplificato non è una mera variante del concordato preventivo, ma un'autonoma procedura concorsuale, il che esclude l'applicazione diretta delle norme sul concordato ordinario, dovendosi verificare di volta in volta l'applicabilità in via analogica di tali regole.

Infine, perché viene in rilievo una larga sequela di esenzioni da revocabilità, sia di atti che di pagamenti.

La corrispondenza perfetta delle riassunte sembianze è solcata da un segno particolare di diversità. Il concordato liquidatorio ordinario è una procedura concorsuale negoziata coi creditori, laddove quello semplificato s'impronta, per quanto accennato, a procedura imposta. Anche questo si spiega: la negoziazione è già proceduralmente avvenuta dinanzi all'esperto, rivelandosi improduttiva.

Il concordato liquidatorio reca immanente un incentivo alle parti a parlarsi per tempo. Proprio lo sfondo eventuale della semplificazione liquidatoria ha un'intrinseca valenza sollecitatoria soprattutto nei confronti dei creditori, incoraggiati a mettersi in ascolto, anziché a rimanere in muta attesa.

Il debitore è in grado di paventare uno scenario di dismissione in favore del miglior offerente o dell'unico in circolazione (magari un soggetto che orbita nei "paraggi" dell'impresa in mediazione). Ciò gli consente di esprimere una forza contrattuale formidabile al tavolo dell'esperto facilitatore. I creditori sono, quindi, meglio indotti a prender parte fattivamente alle negoziazioni, ricercando già a monte e in quell'alveo soluzioni adeguate e cogliendone tutte le opportunità e le sfumature, posto che a valle non ne scorgerebbero di più vantaggiose, anzi, forse, non ne troverebbero alcuna¹¹.

Tuttavia, il debitore dev'essersi mosso per tempo. Non è ipotizzabile che l'impresa giunga esanime dinanzi alla camera di commercio, tanto da infrangersi nell'archiviazione dell'istanza di composizione per l'assenza, ritenuta dall'esperto, di "concrete prospettive di risanamento all'esito della convocazione o in un momento successivo". L'archiviazione esclude si siano svolte "in buona fede" trattative fra le parti, quindi postula la mancanza di quella negoziazione proattiva che rappresenta, in uno con la certificata, impraticabilità di soluzioni alternative la porta d'ingresso al concordato semplificato¹².

2. *Il presupposto omogeneo della crisi-insolvenza e le sue implicazioni.*

Il presupposto oggettivo su cui s'impenna il concordato semplificato è lo stesso del liquidatorio ordinario: lo stato di crisi.

È inservibile, per mancato richiamo, la nozione contemplata nell'art. 2, lett. a, del CCII¹³.

L'unico riferimento positivo fruibile si ritrova, allora, nell'art. 160 L. fall., che attribuisce al concordato la funzione di regolare la crisi, senza definirne la fenomenologia¹⁴. La sua sostanza alligna in una condizione patologica prospettica, ormai

¹¹ Il decreto dirigenziale del 28 settembre 2021 assegna all'esperto il compito "in qualunque momento risulti utile per le trattative" di stimare delle risorse derivanti dalla liquidazione dell'intero patrimonio del debitore, il che serve a offrire alle parti di apprezzare in modo avveduto i diversi scenari possibili di affronto della crisi.

¹² L'impraticabilità di soluzioni alternative è messa ben in luce da G. D'Attorre, *Il concordato per la liquidazione del patrimonio*, in *Fallimento*, 2021, 12, p. 1607, il quale, invece, si mostra dubitativamente possibilista in rapporto all'accessibilità del concordato semplificato anche nei casi di repentina archiviazione della composizione negoziata.

¹³ La norma definisce la crisi come lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate.

¹⁴ Sulla nozione di crisi v. N. Rocco di Torrepadula, *La crisi dell'imprenditore*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 231.

prossima all'incapacità di adempiere le obbligazioni, tanto da suggerire l'assunzione – concordataria appunto – di contromisure ristrutturatorie del debito e dell'azienda.

Il terzo comma della norma puntualizza che la crisi non si distingue dall'insolvenza, ma la ingloba. È un profilo che rimane inalterato nel quadro del D.L. n. 118/2021: sia l'imprenditore che accede al concordato ordinario, sia quello che si affaccia al semplificato, possono cimentarsi in entrambe le situazioni.

La circostanza che la corsia d'accelerazione del concordato ex art. 18 "Decreto Giustizia" sia utilizzabile pure dall'insolvente, messo in condizione di imporre un sacrificio importante ai creditori in ragione del mero rifiuto della sua proposta in sede di negoziazione assistita, potrebbe destare qualche epidermica contrarietà.

A farla venir meno è una lettura un po' più attenta delle regole e dei principi che fanno loro da sfondo, dal cui complesso affiora un aspetto: il concordato semplificato non si offre all'imprenditore alla stregua di arnese a buon mercato per la gestione preordinata e artificiosa dell'insolvenza a detrimento dei creditori. Varie le ragioni, alcune su tutte.

La piattaforma dell'art. 3, comma 2, del decreto è istituita proprio per filtrare i dissesti. La lista particolareggiata e il test pratico in essa ricompresi dovrebbero liberare l'anticamera della Commissione per la nomina degli esperti dalle imprese esangui, per ospitarvi realtà produttive in grado perlomeno di concepire e di sperimentare piani di risanamento, sia pure di diversificata scansione temporale o probabilità realizzativa, stando alle indicazioni del Decreto Dirigenziale del 28 settembre 2021.

Se il test è negativo o addirittura spietato all'impresa manca l'abilitazione ("pre-concorsuale") a negoziare, a meno che essa non disponga di una panacea salvifica sub specie di iniezioni finanziarie di un terzo sufficienti a foraggiare un piano. Perché un piano – finanziario e industriale – l'art. 5, comma 3, lett. b) all'evidenza lo pretende. Ciò comporta che l'impresa debba fare ostensione perlomeno delle risorse minime a sostegno della continuità aziendale nel successivo semestre e parallelamente svelare, sia pure sulla carta, ma in modo convincente, interventi plausibili in punto di apparato, strategie di mercato, allocazione delle risorse. Devono essere chiari fin dall'inizio anche gli ingredienti di carattere straordinario che consentono effettivamente di programmare la reversione dell'insolvenza: nuovi mercati, nuovi prodotti, esazioni imminenti di crediti, rinnovate e più cospicue commesse, immissioni di capitale, rinunce ai crediti e via dicendo.

Ancora, i commi 4 e 5, della norma cuciono addosso all'esperto un *habitus* fortemente dinamico, chiamandolo al rispetto di una tabella di marcia serrata, le cui tappe consistono nell'accettazione dell'ufficio entro soli "due giorni" dalla nomina, nella convocazione "senza indugio" dell'imprenditore dinanzi a sé e nell'immediata raccolta di informazioni presso l'organo di controllo e il revisore legale.

La *disclosure* in favore dell'esperto sullo stato economico-finanziario dell'impresa è sollecita¹⁵, la presa di consapevolezza capillare e pedissequa. Il tutto è ancillare alla valutazione – indilazionabile – dell'esistenza di "una concreta prospettiva di risanamento".

¹⁵ Il corredo documentale depositato dall'imprenditore in allegato al ricorso per l'accesso alla composizione negoziata è assai denso ai sensi dell'art. 5, comma 1, n. 3.

Proprio la concretezza prospettica, nell'art. 5, comma 5, il legislatore la invoca tre volte come in un implacabile mantra. Solo se la prospettiva è tangibile l'esperto può responsabilmente andare oltre incontrando "le altre parti interessate al progetto di risanamento"; se l'orizzonte fin dall'inizio è reso fosco dalle nubi spesse dell'insolvenza e non s'intravede un *Deus ex machina* (terzo finanziatore, creditore indulgente) propenso a diradarle, l'esperto rimane solo, non incontra nessuno, deve limitarsi ad archiviare.

Ci si affanna oltremodo nel distillare la crisi dall'insolvenza, come pure nel distinguere le diverse coloriture della prima e della seconda. Vi è un eccesso di zelo in quest'operazione tassonomica. La superabilità o l'insuperabilità della crisi, come pure l'irreversibilità o la reversibilità dell'insolvenza, costituiscono, in realtà, una variabile inesorabilmente collegata all'intensità dell'apporto finanziario di qualcuno e al rischio che quel qualcuno è disposto compiutamente ad assumersi. Se vi è in concreto – non solo nell'etere delle intenzioni – un piano, persino l'insolvenza può essere recuperata. Che quel piano vi sia e che le prospettive siano concrete è l'unica circostanza di un qualche interesse per i creditori, giacché qualora mancasse i creditori non ne trarrebbero soddisfazione maggiore, né lucrerebbero un obolo supplementare alla borsa del riparto fallimentare.

Quel che conta allora è che all'avvio della composizione, la difficoltà, lo squilibrio, finanche il disperato dissesto, siano negoziabili, in quanto il risanamento, pur non scontato, risulti *ab actis* – o per rapido supplemento d'indagine e riflessione – senz'altro programmabile.

È un punto cruciale: lo stato di crisi postulato dalla norma pare combaciare con una nozione necessariamente empirica, comprensiva oramai tutti i disagi e i dissesti dell'impresa e cioè sia l'insolvenza reversibile, che l'insolvenza irreversibile, costituendo entrambe le situazioni aspetti quantitativi di un medesimo fenomeno, distinguibili solo per la prognosi di superabilità carte alla mano.

La nozione di crisi raccoglie, pertanto, contesti aziendali, di varia genesi e gravità, di carattere organizzativo, come pure economico o finanziario, accomunati dal fatto di richiedere un intervento straordinario che poggia sul consenso dei creditori e sulla sospensione delle azioni esecutive.

È la prospettiva che fa premio sull'attualità.

Certo il decreto dirigenziale ha una valenza suasoria¹⁶, teso com'è a convincere le parti sull'importanza delle buone prassi che declina. Eppure, non ne va trascurata l'incisività nella parte in cui al punto 2.8. mette in mano all'esperto la bussola della reversibilità: in qualunque momento egli abbia contezza di una situazione di insolvenza irreversibile, è tenuto a chiedere l'archiviazione della composizione negoziata e il "gioco" finisce.

Il richiamato comma 5 è, d'altronde, inequivoco nell'affidare al facilitatore due incombenze convergenti: la prima gli richiede di scrutare come concretamente possibile ab origine il risanamento; la seconda gli commissiona fin dall'esordio di pianificarlo, il che vuol dire che egli deve trovare l'obiettivo del riequilibrio sufficientemente nitido da poter abbozzare "le possibili strategie di intervento" a beneficio delle parti, se non al primo incontro, in quelli subito successivi, da fissare "con cadenza periodica ravvicinata".

¹⁶ L'uso della felice aggettivazione si deve a G. Lener.

Quanto osservato spiega già con buona evidenza che l'utilizzo del concordato semplificato come cabina di pilotaggio spregiudicato dell'insolvenza in danno dei creditori attiene ai casi eclatanti, che sono quelli del reato penale commesso in concorso (e in combutta) fra il debitore delinquente e l'esperto infedele. Il pubblico ministero, avvisato dell'avvio del concordato semplificato, farà il suo lavoro, assumendo su di sé il ruolo di contrappeso.

Ma i casi eclatanti sono, più in generale, anche quelli dell'abuso dello strumento, non più orientato a comporre la crisi dell'impresa, ma curvato al raggiungimento di utilità ulteriori, con un ingiusto e sproporzionato sacrificio delle controparti contrattuali. Quando la malafede – ossia l'antitesi di quella buona fede e correttezza cui l'art. 4 pretende ancorati i comportamenti delle parti – contamina la procedura concordataria semplificata, plasmandola sullo scopo esclusivo del “tirare a campare”, procrastinando la dichiarazione di fallimento, a venire in auge è un'ipotesi di c.d. "abuso del processo". Lo strumento è impiegato, infatti, per il perseguimento di finalità esorbitanti e disallineate rispetto a quelle per le quali l'ordinamento lo ha approntato¹⁷. La valvola di sistema esiste, pertanto.

Le evenienze abusive sono, peraltro, tendenzialmente sterilizzate su almeno tre piani.

Intanto attraverso la minuziosa valorizzazione dei requisiti di indipendenza e professionalità dell'esperto¹⁸; inoltre, mediante l'obbligo – or ora richiamato – delle parti di comportarsi “secondo buona fede e correttezza”, obbligo che spinge gli attori della crisi ad un approccio virtuoso e ad un impiego non bizzarro degli istituti; infine, per il tramite del richiamo dell'art. 173 L. fall. in tema di revoca del concordato preventivo ordinario, che travasa, nell'alveo del semplificato, atti, omissioni e frodi suscettibili di bloccare il corso e di sancirne negativamente l'epilogo.

In definitiva, la composizione negoziata non può ontologicamente risolversi in una sorta di “tentativo dell'impossibile”¹⁹, bensì in un esperimento di recupero, praticabile a la carte, ma rivelatosi inefficace. La relazione finale dell'esperto varrà a dar conto proprio di ciò, strategie iniziali e risultati reali, fornendo una certificazione ragionata del naufragio del percorso di mediazione. Dal contenuto del documento emergeranno le incidenze delle congiunture economiche, ma anche la dimensione delle responsabilità individuali delle parti e dell'esperto stesso.

Il sistema ribadisce, a guardarlo bene, una piena razionalità di struttura.

3. Affinità e divergenze fra vecchio e nuovo concordato liquidatorio.

Sia per il concordato ordinario (art. 161, comma 1, L. fall.), sia per il semplificato (art. 18, comma 2, D.L. n. 118/2021), il ricorso va presentato al tribunale del luogo in cui

¹⁷ Sull'abuso nel concordato preventivo in generale v. in giurisprudenza Cass., Sez. Un., 15 maggio 2015, n. 9935, in *Italgire*; in dottrina v. G. D'Attorre, *L'abuso del concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2013, II, 1059; M. Montanari, *Note minime sull'abuso del processo civile*, in *Corr. giur.*, 2011, 556; S. Pacchi, *L'abuso del diritto nel concordato preventivo*, in *Giust. civ.*, 2015, 795.

¹⁸ L'art. 4 D.L. n. 118/2021 dei requisiti d'indipendenza e dei correlati doveri sciorina addirittura un catalogo.

¹⁹ La locuzione evoca l'omonimo dipinto surrealista di R. Magritte, *Il tentativo dell'impossibile*, 1928.

l'imprenditore ha la sede principale dell'impresa. Si è evidenziato che l'omesso richiamo della seconda parte dell'art. 161, comma 1, implichi l'irrilevanza del trasferimento della sede dell'impresa nell'anno precedente²⁰. Sarei portato a pensare che il principio di cui all'art. 9, comma 2, L. fall., la cui sagoma è mutuata dal predetto art. 161, sia di carattere generale e indisponibile, in quanto teso a neutralizzare nel quadro convulso della crisi-insolvenza il fenomeno del forum shopping.

Differente, nell'istituto di nuovo conio, è il contenuto della domanda, che qui comprende in via immediata la richiesta di omologazione del concordato.

Sia negli artt. 160 e ss. L. fall., sia nell'art. 18 D.L. n. 118/2021, nulla si dice in tema di assistenza legale del debitore. In dottrina si valorizza l'assenza di specificazioni per escludere la necessità della difesa tecnica, tanto nell'ordinario, quanto nel semplificato, laddove in tal senso deporrebbe anche la struttura elementare del procedimento²¹.

L'opinione di chi scrive è diversa: l'art. 161 e l'art. 18 sono precetti silenziosi, come tali inidonei ad atteggiarsi a norme d'indole speciale rispetto all'art. 82, comma 3, c.p.c. A tenore delle regole generali del codice di rito civile, davanti al tribunale, le parti devono stare in giudizio col ministero di un difensore, salve le eccezioni espresse, tra le quali non è catalogata quella del ricorso alle procedure di concordato. La proposta concordataria è il *pendant* di una domanda giudiziale di regolazione della crisi nel cui ambito convergono interessi tendenzialmente antagonisti. L'iniziativa del debitore è suscettibile di instaurare un procedimento giurisdizionale nel cui quadro viene in rilievo un impianto intimamente contenzioso, che per l'idoneità ad incidere su diritti soggettivi presuppone come indispensabile la difesa tecnica.

Un punto di diversità fra ordinario e semplificato si coglie nel mancato richiamo, nel corpo del D.L. n. 118/2021, dell'art. 152 L. fall., che condiziona l'ammissibilità della proposta alla sottoscrizione a cura dei suoi rappresentanti legali e all'approvazione dei soci (nelle società di persone) o degli amministratori (in quelle di capitali) e che prevede, al terzo comma, che decisioni e deliberazioni delle società di capitali finalizzate all'avviso dell'iniziativa concordataria constino per atto notarile e siano depositate nel registro delle imprese. L'omesso richiamo parrebbe intenzionale: occorre fare in fretta per salvare l'azienda attiva, ma esausta, nel suo ultimo metro; si eliminano i passaggi formali e di controllo legalitario che potrebbero rallentare il tentativo. L'art. 2475-bis c.c. conferisce agli amministratori delle società a responsabilità limitata il potere di rappresentanza generale dell'ente e tanto dovrebbe bastare a consentire all'impresa di instradarsi nella procedura semplificata. Qualora il contratto di cessione concerna la sola attività in esercizio, a derivarne è una sostanziale modifica dell'oggetto sociale. La competenza in parte qua è riservata ai soci ex art. 2479, comma 2, n. 5 c.c., ma costoro potranno esprimerla anche a posteriori (e in ratifica) rispetto all'avvio dell'iter concordatario.

Altra difformità saliente fra ordinario e semplificato attiene alla mancanza in quest'ultimo dell'attestazione del piano concordatario di liquidazione dell'azienda. La

²⁰ Osserva G. Bozza, *Il concordato semplificato introdotto dal D.L. n. 118 del 2021*, in *dirittodellacrisi.it*: "viene in considerazione solo la sede dell'impresa al momento della presentazione della domanda, non rilevando l'eventuale trasferimento intervenuto nell'anno precedente, di cui si parla nella restante parte del primo comma dell'art. 161, perché tale norma non è richiamata e la nuova legge adotta esclusivamente il criterio della sede principale, senza altra precisazione".

²¹ Ancora G. Bozza, Op. cit.

cessione di questa, d'altronde, nella cornice dell'art. 18 non avviene *ex abrupto*, ponendosi in fondo ad un percorso di negoziazione nel cui ambito la trasparenza dell'informazione è un pilastro portante. L'ultimo step di quel tragitto è nella relazione finale dell'esperto (art. 5, ult. comma), che fa luce sulle dinamiche della negoziazione, ma anche sull'attualità dell'impresa. A quel punto ciascun creditore gli atti dovrebbe averli già letti e decifrati per proprio conto con l'ausilio dei suoi consulenti sicché un'attestazione suonerebbe pleonastica.

Nessuna carenza di presidio degli interessi pubblicistici si rinviene nel tragitto semplificato, posto che al pari di quanto accade nell'ordinario, il ricorso è sempre comunicato al PM e pubblicato nel Registro Imprese (comma 2, art. 18). L'organo requirente, in particolare, non registra variazioni di sorta sui propri poteri d'iniziativa, né sui presupposti sottesi al relativo esercizio.

Due, in realtà, sono le divergenze di maggior rilievo tra il concordato ordinario e quello semplificato, individuate sin da subito nella soppressione in quest'ultimo del vaglio giudiziale di ammissibilità preventiva che contrassegna l'ordinario e nella eliminazione del meccanismo del voto dei creditori²².

Non è del tutto vero – come pure a taluni è parso di primo acchito²³ – che manchi una fase di ammissione. Questa assume, piuttosto, una dimensione camerale e non partecipata, senza tuttavia risolversi in un passaggio formale.

Il terzo comma dell'art. 18 dispone che il tribunale valuti innanzitutto la “ritualità della proposta”. Risuona l'eco dell'art. 125 L. fall. in tema di concordato fallimentare. Le verifiche saranno *mutatis mutandis* analoghe. Riguarderanno allora la regolarità della documentazione depositata e quella della procedura svolta, ma anche la legittimazione alla proposta e la sua tempestività. Il controllo non assumerà, peraltro, ad avviso di chi scrive una dimensione meramente esteriore. Pur in assenza (e in attesa) di contraddittorio, nulla esclude che il giudice debba guardare a grandi linee alla legittimità sostanziale della proposta, che deve rispondere ad uno schema minimo e imprescindibile, che è dato dal rispetto dell'ordine delle prelazioni, dalla suddivisione eventuale in classi per posizioni giuridiche ed interessi economici omogenei, dall'assicurazione a ciascuno della garanzia di un'utilità.

Il vaglio sulla completezza della relazione dell'esperto sarà un aspetto basilare e potrà implicare la richiesta a quest'ultimo di un supplemento di riflessione. Il giudice dovrà appurare che il debitore sia approdato dinanzi a lui per il sentiero di una composizione non farlocca. Andrà quindi a rileggere, attraverso la relazione finale, l'evoluzione del circuito negoziale e constaterà se il debitore si sia mosso o meno in buona fede all'interno di esso, se l'esperto si sia mostrato professionalmente avveduto e neutrale, se la strategia di risanamento dell'azienda apparisse compatibile con la situazione primigenia dell'impresa e la congiuntura del mercato in cui operava, ancorché le contingenze successive, l'imprevedibilità delle dinamiche concorrenziali e l'indisponibilità (legittima) di taluni creditori ad accettare rivisitazioni dei rapporti l'abbiano alla fine frustrata.

²² L.A. Bottai, *La rivoluzione del concordato liquidatorio semplificato*, in *dirittodellacrisi.it*.

²³ L.A. Bottai, *Op. cit.*

È significativo che l'art. 18 imponga all'esperto di "dichiarare" che le trattative si sono svolte "secondo correttezza e buona fede". È un modo efficace per consentire al giudice di sanzionare fin da principio gli abusi dello strumento, qualora le condotte o le omissioni dovessero apparirgli disallineate da quel paradigma.

Il D.L. n. 118/2021 fonda il dovere, anzitutto dei creditori professionali – quindi degli istituti bancari su tutti – di prendere parte al governo negoziale della crisi in modo da consentire soluzioni collettivamente efficienti, oltre che individualmente appaganti, assumendo condotte sollecite ed informate, pur se ovviamente libere nel merito delle valutazioni. La relazione conclusiva dell'esperto dovrà testimoniare *expressis verbis* l'avvenuto svolgimento in buona fede e correttezza delle trattative. Il che equivale a dire che la composizione non solo dev'essere stata attivata, ma dev'essere stata lealmente condotta dalle parti, finendo per inciampare – per "certificazione" dell'esperto – su elementi *ultra vires*, evidentemente trascendenti il rispettivo impegno delle parti a concluderla proficuamente. Si crea una diga relevantissima in capo all'autorità giudiziaria, chiamata a compiere una valutazione di merito sul contenuto della relazione, esigendone l'eventuale completamento a cura dell'esperto in ordine agli eventuali contenuti apodittici o reticenti.

Il tribunale che dalla narrazione dell'esperto rilevasse l'assenza del presupposto della buona fede nello svolgimento delle trattative non fisserebbe, per economia del processo e logica del giudizio, nemmeno l'udienza di omologazione, adottando piuttosto, immantinente, un provvedimento d'inammissibilità della domanda.

È rilevante pure che il tribunale acquisisca, in aggiunta alla relazione finale, il parere dell'esperto facilitatore sui presumibili risultati della liquidazione e sulle garanzie offerte²⁴. Si tratta di una acquisizione che non si spiegherebbe nell'economia di un controllo solo "notarile", mentre trova ragione nell'esigenza di un vaglio penetrante e di merito già a questo punto. Se al giudice spettasse d'apprezzare il solo ossequio delle forme per rimandare all'omologa il rispetto della sostanza, di quel parere supplementare avrebbe ben poco bisogno.

Certo, la conseguenza connessa al giudizio negativo del tribunale qui immaginata non è esplicitamente prevista. Eppure, sembra coerente con il ruolo preminente dell'autorità giudiziaria nel contesto di riferimento e con il principio di economicità dei mezzi processuali, che il collegio dichiari l'inammissibilità senza doversi riservare di farlo in esito ad un'udienza di omologa, che si risolverebbe in un esercizio di stile, in un simulacro privo di funzione.

A tenore dei commi 3 e 4 dell'art. 18, il tribunale emette un decreto con cui "nomina" un ausiliario, sorta di succedaneo del commissario giudiziale del concordato ordinario, impegnandolo ad accettare entro tre giorni e a rendere un parere ad ampio spettro sulla proposta concordataria; "ordina" la comunicazione ai creditori della relazione dell'esperto e dei pareri di quest'ultimo e dell'ausiliario; "fissa" l'udienza per l'omologazione.

²⁴ Al punto 13.1 della Sez. III del Decreto dirigenziale 30 settembre 2021 viene suggerito all'esperto di svolgere in costanza di trattative, una stima del patrimonio del debitore, di modo che, quando il tribunale gli richiede il parere di cui all'articolo 18, comma 3, egli possa agevolmente pronunciarsi sui presumibili risultati della liquidazione e sulle garanzie offerte dagli eventuali proponenti l'acquisto dell'azienda, di suoi rami o di singoli cespiti (punto 13.2).

Benché la norma adoperi l'indicativo presente – quasi a tratteggiare l'emissione del provvedimento di default – è fisiologico che qualora la fattibilità economica e giuridica dell'ipotesi concordataria dovesse apparire *prima facie* insussistente, al lume del vasto corredo di informazioni e valutazioni di cui il tribunale fin dal debutto dispone, la procedura concordataria possa chiudersi *hic et nunc*, con la pronuncia di una declaratoria di inammissibilità, in luogo di un'inutile appendice omologatoria.

In tal senso, sembra deporre anche il contenuto del secondo inciso dell'ultimo comma dell'art. 18, che equipara il decreto che dispone la comunicazione della proposta all'ammissione al concordato ai fini di cui all'art. 173 L. fall. È il concordato ad essere revocabile ai sensi della norma, non certo (e non solo) l'udienza che del concordato scandisce il momento processuale.

La discrasia più importante fra procedura concordataria ordinaria e procedura semplificata attiene, piuttosto, alla mancanza in quest'ultima del voto dei creditori²⁵.

L'elemento è per certi versi inedito e di sicuro vale a conferire una più spiccata forza contrattuale all'imprenditore in fase di trattative, posto che i creditori mal disposti a rimodulare le pretese entro i limiti esterni dell'apprezzabile sacrificio saranno ben consapevoli che il mancato accordo non li premierà, perché non saranno ulteriormente chiamati a pronunciarsi, né riceveranno di più nel plesso della liquidazione fallimentare.

In realtà, il fallimento non aggiunge e non toglie nulla ai creditori. Esso costituirà l'ultimo approdo solo per quegli imprenditori che non avranno inteso cogliere, in modo razionale e solerte, la possibilità, prima di trovare un accordo con i propri creditori per la continuazione dell'impresa, poi, in caso d'insuccesso, di esdebitarsi cedendo loro il proprio patrimonio, senza infliggere un danno.

La verità è che la procedura semplificata si orienta più di quella ordinaria verso il mercato, facendo venire alla luce la primazia di uno specifico interesse pubblico: la salvaguardia delle porzioni ancora attive dell'azienda in affanno, ogni qualvolta il rallentamento processuale non assicurerebbe ai creditori un beneficio monetario maggiore, né un virtuale vantaggio compensativo.

Ciò giustifica a pieno l'esclusione dei creditori dal procedimento di formazione ed approvazione della proposta di concordato, perché per costoro la soppressione del voto non è un guaio.

Nel concordato ordinario la scelta tra la liquidazione concordataria e quella fallimentare è rimessa, in concreto, al consenso strutturato dei creditori, che ne apprezzano la convenienza in punto di tempi, misure e probabilità di soddisfazione delle rispettive ragioni; nel semplificato la valutazione di detta convenienza è operata individualmente da ciascun creditore. Se nell'ordinario l'apprezzamento rimane espressione di aggregazioni creditizie maturate, spontaneamente o meno, sul presupposto di interessi omogenei; nel concordato semplificato il merito di quell'apprezzamento è, perlomeno, custodito in capo a ciascun creditore, il quale, a prescindere dall'importo del *dovutum*, è legittimato a far valere il proprio diritto e a far pesare l'interesse peculiare che vi è sotteso, interpellando il giudice con l'opposizione all'omologa.

²⁵ È aspetto fortemente contestato da G. Bozza, Op. cit.

L'urna del voto che rimane chiusa non comporta alcuna radicale compromissione del diritto di difesa (e di parola). Quel diritto è addirittura potenzialmente accresciuto e rafforzato. I creditori lo recuperano in virtù del riconoscimento della legittimazione a proporre a titolo individuale l'opposizione anzidetta. Al contrario di quanto accadrebbe in un concordato ordinario, dove il dissenziente verrebbe agevolmente zittito dal voto maggioritario, tanto che per insorgere nel concordato senza classi dovrebbe fare gruppo con gli altri delusi fino a sommare in condominio il 20% dei crediti complessivi, nel concordato semplificato egli si rivolge liberamente al tribunale, opponendosi all'omologa e deducendo suo tramite tutta la gamma delle contestazioni possibili.

In luogo del commissario giudiziale del concordato ordinario, nel semplificato viene alla ribalta un mero ausiliario ex art. 68 c.p.c. È naturale sia così. Il baricentro della procedura concordataria del D.L. n. 118/2021 è il giudice, che assorbe a sé ogni compito, senza delegarne alcuno. La sola figura compatibile con quest'impostazione è un professionista di complemento, destinato a fornire un supporto tecnico-specialistico per le valutazioni e determinazioni del tribunale, eppure priva di quella profondità indagatoria dell'ufficio commissariale.

4. L'omologazione e gli effetti del concordato.

Nel concordato semplificato la funzione dell'omologa è, ad un tempo, quella di presidiare il coacervo di interessi giuridicamente rilevanti che gravitano sulla procedura e di renderne efficace e vincolante l'epilogo per tutti i creditori, conferendovi la veste formale di un provvedimento.

A quest'ultimo si giunge per il tramite di un'udienza nella quale vengono tendenzialmente canalizzate tutte le questioni di legittimità del procedimento e vantaggiosità della proposta che i creditori intendano sollevare attraverso specifiche opposizioni “nel termine perentorio di dieci giorni prima” (art. 18, comma 4). Naturale che ogni questione sottenda quasi sempre una controversia sull'opportunità di comporre la crisi col concordato anziché risolverla nel fallimento.

Il decreto omologatorio, allo stesso modo di quanto accade nel concordato ordinario qualora siano proposte opposizioni (art. 180, comma 4, L. fall.), prevede un vaglio all'evidenza pervasivo, in quanto supportato da tutti i mezzi istruttori – invocati dalle parti o disposti d'ufficio – che il giudice reputi utili a compiere il proprio sindacato (art. 18, comma 5, D.L.).

La latitudine di quest'ultimo è assai estesa.

Se nel contesto dell'omologazione del concordato ordinario, il giudice si muove nello specchio stretto della regolarità della procedura e del computo dei voti espressi dai creditori, valutando la convenienza dell'ipotesi concordataria nei soli casi di opposizione, in ambito di concordato semplificato il sindacato assume un'intensità più marcata.

Intanto perché, venendo in rilievo il primo momento di contraddittorio reale fra i creditori – privati infatti del contenitore dell'adunanza ex art. 174 L. fall. – il giudice accerta che essi siano stati coinvolti tutti e che quindi il contraddittorio sia integro;

appura, poi, che dei titolari delle pretese siano stati rispettati il rango e l'ordine delle prelazioni, senza che ne sia stata sovvertita alcuna.

In secondo luogo, perché il vaglio è allargato, ponendosi una più accentuata esigenza di eterotutela delle posizioni dei creditori: esso assorbe in modo totalizzante il ventaglio della fattibilità del piano di liquidazione. Si accantona la scomposizione della fattibilità nelle dimensioni giuridica ed economica, sul presupposto dell'attribuzione al giudice dell'ufficio d'intercettare ogni impossibilità di attuazione del piano per via di un presupposto di quest'ultimo di per sé non realizzabile. Che tale presupposto si risolva in una impossibilità materiale, anziché giuridica, non esprime nel contesto in esame alcuna saliente differenza: sia l'impossibilità materiale, che quella giuridica, rilevano come "fatto" idoneo a rendere inattuabile un determinato programma, in virtù della sussistenza di un condizionamento, che ora riviene dal diritto scritto, ora giunge dall'ambiente esterno inciso dal diritto, quindi in sostanza dalla realtà del mercato che attraverso il diritto si tende a governare. È il giudice a far da equilibratore, nell'uno come nell'altro caso.

Vi è, seppur apparentemente in ombra, una dilatazione del sindacato fino a fagli lambire la meritevolezza stessa dell'intrapresa, dacché, perlomeno ogni qualvolta l'acquisto dell'azienda non sia preceduto da un'offerta preconfezionata, il giudice si trova di fatto a valutare se la continuità aziendale residua che la realtà produttiva esprime sia effettivamente degna di essere proseguita o rivitalizzata, sia pur per mano altrui.

Ciò detto, nel raffronto comparativo fra concordato e fallimento, il giudice dovrà valutare la possibilità che l'attivo fallimentare sorpassi quello attualmente disponibile o che, perlomeno, il passivo fallimentare sia più ridotto dell'attuale fabbisogno concordatario. Per quanto, tuttavia, non sia agevole – esemplificativamente – preventivare quali azioni revocatorie o di responsabilità possano cogliere nel segno a livello di esito finale.

La valutazione è articolata e non va divisa dalla necessità di computare in prognosi anche tutti gli oneri connessi alla successiva liquidazione fallimentare, ad onta della più rapida e meno dispendiosa cornice operativa concordataria.

Certo, al fallimento può accompagnarsi l'apprensione alla massa di beni ulteriori rispetto a quelli concordatariamente disponibili, ma il fallimento è in sé, quasi sempre, un fenomeno disgregativo del compendio aziendale. Perché il fattore tempo non aiuta la salvaguardia dell'*universitas rerum*, ma ne frantuma gli elementi e ne fa evaporare gli *intangibles*.

Nel concordato semplificato, il parallelo con l'alternativa liquidatoria è congegnato in modo sottilmente diverso rispetto a quanto avviene nella procedura ordinaria. In quest'ultima, a rilevare – in ciascuna occasione in cui il giudice è chiamato a valutare la convenienza perché investito da un'opposizione – è il parametro del soddisfacimento non inferiore rispetto alla resa economica delle altre opzioni concretamente praticabili. Nel concordato di nuovo conio a sporgere come criterio discrezionale è l'assenza del pregiudizio e l'individuazione di un'utilità in capo a ciascun creditore (comma 5, art. 18 D.L.).

Quel che importa non è che il concordato sia vantaggioso, ma che non sia deleterio. La convenienza è soppiantata dall'assenza del danno. Non occorre constatare l'esistenza di un *quid pluris* nella procedura concordataria in rapporto a quella fallimentare, è

sufficiente assodare un trattamento economico perlomeno paritetico rispetto a quello che si ritroverebbe in quel diverso territorio concorsuale.

Viene mutuato il c.d. principio di assenza di pregiudizio, a tenore del quale, nel concorso, il creditore ha diritto a un trattamento non deteriore rispetto a quello che gli sarebbe spettato in caso di liquidazione del patrimonio²⁶.

La menzione dell'utilità nell'art. 18, comma 5, rimanda al *background* della lett. e) del secondo comma dell'art. 161 L. fall.²⁷, ma a ben vedere lo rovescia. Scompare nella norma nuova la locuzione "economicamente valutabile" che contrassegna la vecchia. L'utilità perde gli stilemi del "vantaggio economico" sia pur latamente inteso. Maggior incasso, minor spesa, scudo dalla revocatoria lasciano spazio a qualsiasi utilità tangibile, ancorché economicamente non computabile. Nulla, a quel punto, esclude che l'utilità risieda nella salvaguardia di un rapporto in corso di esecuzione o nella conservazione promessa di una posizione negoziale che in sede fallimentare rimarrebbe ineluttabilmente esposta.

È la discrasia più appariscente fra ordinario e semplificato, ma ad imporla è la fisiologia delle cose. La posizione del creditore non registra un miglioramento, ma non sconta uno svantaggio. Anzi, deve conquistare una qualche utilità. Quale che ne sia la consistenza, quest'ultima prevale sull'opportunità di respingerla, perché nel fallimento non si tramuterebbe in un beneficio maggiore.

Se l'ipotesi regolatoria della crisi-insolvenza contempla l'utilità, il concordato si mostra ammissibile e il diritto del creditore può essere inciso contro la sua volontà. La logica del sistema è lineare perché si rinuncia all'utopia del vantaggio migliorativo, in favore della salvaguardia di una posizione non deteriore e, soprattutto, utile.

Il riferimento perspicuo alla posizione del singolo creditore chiarisce, tra l'altro, che la valutazione del tribunale non è promiscua, ma individualizzata: è sufficiente che un solo creditore subisca un pregiudizio oppure non tragga alcuna utilità perché, in accoglimento dell'opposizione, debba negarsi l'omologa. Il vaglio del giudice rappresenta per i titolari delle pretese un evidente presidio di garanzia.

Opportuno giunge al comma 6 dell'art. 18 del D.L. la precisazione sul carattere necessariamente motivato ed immediatamente esecutivo del decreto del Tribunale, di cui viene sancita la reclamabilità in Corte d'appello, ai sensi dell'art. 183 L. fall., entro trenta giorni dalla comunicazione e la pubblicazione nel registro delle imprese, secondo lo schema della sentenza dichiarativa di fallimento (il rinvio è all'art. 17 L. fall.), onde assicurarne la massima diffusione.

L'art. 18, ult. comma, prevede che dalla data della pubblicazione del ricorso si producono gli effetti di cui agli artt. 111, 167 e 168 L. fall., concernenti – rispettivamente – il regime delle prededuzioni, quello dell'amministrazione dei beni in costanza di procedura e il c.d. *automatic stay*.

²⁶ Sul carattere dominante del c.d. principio di assenza di pregiudizio nella recente legislazione italiana ed europea in materia di crisi, bancarie e ordinarie, si veda I. Donati, *Crisi d'impresa e diritto di proprietà. Dalla responsabilità patrimoniale all'assenza di pregiudizio*, in *Riv. Società*, 2020, 164 ss. È tornato sul tema di recente anche Stanghellini, *I finanziamenti al debitore e le crisi*, in *Fallimento*, 2021, 10, 1181.

²⁷ L'art. 161, comma 2, lett. 2) testualmente dispone che "in ogni caso, la proposta deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore".

Viene richiamato, altresì, l'art. 169, che a sua volta rinvia agli artt. 45, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63 L. fall. Dal che deriva il principio di cristallizzazione del patrimonio del debitore in concordato semplificato. Il sostrato degli effetti è analogo nel suo filo conduttore rispetto a quello del concordato ordinario.

5. *Il trattamento dei creditori.*

Le regole che valgono per l'imprenditore inadempiente sottoposto a liquidazione non subiscono in costanza di concordato oscillazioni di sorta.

Il debitore risponde nei confronti dei suoi debitori secondo il modello dell'art. 2740 c.c. e scatta ex art. 2741 c.c. il cui meccanismo s'incentra sull'eguale diritto di tutti i creditori a soddisfarsi sui beni del debitore comune, salve le cause di prelazione, che derogano al principio della soddisfazione paritaria.

Il concordato è uno strumento di attuazione della garanzia patrimoniale rappresentata dalla prima delle due norme e realizza coattivamente quella garanzia rispettando, sul piano della soddisfazione dei creditori, l'ordine a quel punto ineludibile delle prelazioni. Pertanto, ciò che attiene al patrimonio del debitore va necessariamente attribuito secondo detto ordine, con soddisfazione integrale del prelazio di maggior grado prima che quello di grado inferiore possa essere gratificato anche solo percentualmente²⁸; i chirografari devono, inoltre, trovare soddisfazione integrale prima che i creditori postergati possano, anche solo parzialmente, essere soddisfatti a loro volta.

Certo, il concorso nel concordato preventivo presenta una fisionomia ricorrente, in quanto la soddisfazione dei crediti può avvenire anche con mere attribuzioni di utilità, benché non monetarie, con efficacia esdebitativa verso tutti: è l'utilità economicamente valutabile dell'art. 161, comma 2, lett. e) o l'utilità *tout court* dell'art. 18, comma 5, D.L. n. 118/2021. Tuttavia, il trattamento stabilito per ciascun creditore non può mai trascinare con sé l'effetto di un'alterazione dell'ordine dei prelazioni, richiamato nel quinto comma dell'art. 18 D.L. n. 118/2021 e protetto a monte dall'art. 2741 c.c.²⁹.

A fronte di quest'ultima norma generale, non rileva il mancato richiamo dell'art. 160, comma 2, L. fall., richiamo che sarebbe apparso non acconcio in mancanza dell'attestazione in esso contemplata. Nondimeno, la soddisfazione non integrale dei crediti muniti di privilegio, pegno o ipoteca, non potendosi alterare l'ordine delle prelazioni, rimane condizionata all'incapienza dei beni sui quali insiste la causa di prelazione, ossia alla "asseverata" insufficienza del loro valore in rapporto all'ammontare del credito garantito.

Se nel concordato liquidatorio ordinario viene in rilievo la soglia minima di soddisfazione del 20%, nel semplificato non può che valere l'esatto contrario. La salvaguardia della continuità sbaraglia le soglie di ammissibilità. Lo strumento assicura la prosecuzione dell'impresa, sia pure in forma indiretta, fissare paletti sarebbe irrazionale. L'archetipo del nuovo istituto, d'altronde, è quello della *cessio bonorum* di cui all'art. 1977

²⁸ Sul trattamento dei privilegiati v. anche G. Buffelli, *Il concordato semplificato: profili fiscali e trattamento dei crediti prelazionari*, in *dirittodellacrisi.it*.

²⁹ La pensa diversamente G. Bozza, Op. cit.

c.c., il che vuol dire che – diversamente rispetto al concordato ordinario, in cui la soddisfazione minima assume i connotati dell'obbligazione – nel semplificato il debitore si limita unicamente a trasferire, eventualmente per il tramite del liquidatore della procedura, l'azienda o i beni. Pertanto, non potendo essere costruito alcun limite invalicabile e valendo un riferimento all'utilità senza attributi, è ben possibile che il creditore non sia soddisfatto in alcun modo, sempre che comunque riceva un'utilità e che nel fallimento non sia destinato a ricevere di meglio.

6. *Il trattamento dei creditori.*

L'art. 19 contiene la disciplina sulla liquidazione del patrimonio, conseguente alla presentazione della proposta di concordato semplificato.

Col decreto di omologa il giudice nomina un liquidatore; viene, inoltre, richiamato, in quanto compatibile, l'art. 182 L. fall.

Detta norma rimanda, al quinto comma, per i concordati con cessione dei beni, alle regole degli artt. 105 e ss. L. fall. Ciò comporta che nel concordato liquidatorio ordinario le vendite riprendano il calco previsto per le alienazioni coattive fallimentari, con il piano omologato che tiene luogo del programma di liquidazione e il liquidatore che fa le veci del curatore³⁰.

Il primo comma dell'art. 107, dal canto suo, assicura che le vendite e gli altri atti di liquidazione siano effettuati dal curatore tramite procedure competitive, pure avvalendosi di soggetti specializzati, sulla scorta di stime effettuate (salvo il caso di beni di modesto valore) da parte esperti, con il rispetto di adeguate forme di pubblicità, tese ad assicurare la massima informazione e partecipazione degli interessati.

Il rispetto dei parametri generali dettati dall'art. 107 L. fall. – competitività della procedura di scelta dell'acquirente, congruità dei valori di stima del bene posto in liquidazione, adeguatezza delle forme di pubblicità in modo da assicurare la partecipazione della più ampia platea possibile di soggetti interessati all'acquisto – sembra rigorosamente rilevare ex art. 19, comma 1, L. fall. solo per le vendite che non prevedano un'offerta preconfezionata. Pure in quel caso, il modulo andrà reso duttile.

Le regole annesse all'art. 182 L. fall. scontano a contatto col concordato semplificato con offerta “chiusa” un deficit di compatibilità.

Se il contenuto della proposta rimane rigidamente predeterminato nell'obiettivo, che necessariamente si riassume nell'alienazione ad altri dell'azienda o dei beni che la compongono, è il *quomodo* di quell'alienazione a sganciarsi qui da modelli prestabiliti. Non solo perché rispetto al concordato ordinario non sono previste proposte concorrenti³¹, in assenza di un richiamo (che sarebbe stato esiziale) all'art. 163, commi 4 e ss., ma perché la verifica dell'assenza di soluzioni migliori implica un sondaggio di mercato, che in difetto di specificazioni deve avvenire senza schemi o a “schema libero”.

³⁰ L. Panzani, *La liquidazione dei beni nel fallimento e nel concordato*, in *Fallimento*, 2017, 11, 1129.

³¹ Le ritiene teoricamente ipotizzabili R. Guidotti, *La crisi d'impresa nell'era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato*, in *Ristrutturazioni Aziendali*.

Il tentativo di salvare a fine corsa il *quid pluris* della liquidazione concordataria mal sopporterebbe la sequenza dei termini e delle aste, pur ricondotta entro una forma morbida ed elastica.

Piuttosto, diviene sufficiente la trasparenza verso il mercato della trattativa privata sulla circolazione dell'azienda. Dell'iniziativa rivolta al trasferimento del complesso produttivo occorre fare ostensione nei confronti degli operatori del settore, cui va rivolto – pur senza paratie formali – l'invito a manifestare un eventuale interesse parallelo a quello già da altri espresso.

La vicenda circolatoria va sottoposta, cioè, alle reazioni del mercato, non importa come. Il mercato va sondato affinché possa rispondere agli stimoli facendo emergere interessi concomitanti suscettibili d'essere presi in considerazione nell'ottica di una vendita economicamente più vantaggiosa.

Divengono praticabili gare informali, coinvolgenti un numero circoscritto di potenziali offerenti, individuati nel piano di liquidazione tra quelli operanti nel settore dei beni posti in vendita e sollecitati a manifestare il proprio interesse all'acquisto mediante rilanci sul prezzo già offerto da taluno.

Il vero passaggio radicale è proprio nel superamento del vincolo della previa stima del bene. Il prezzo stimato cessa di atteggiarsi a imprescindibile valore base d'asta. Non occorrerà più partire necessariamente da esso, potendosi, piuttosto, sollecitare il mercato ad esprimerne uno differente, più alto o più basso, ma a prescindere da quell'iniziale, doverosa indicazione³².

In questo contesto, la procedura semplificata ben può assumere una struttura “chiusa”, essendo pienamente ammissibile, ai sensi dei commi 2 e 3 dell'art. 19, che si declini come *prepacked solution*³³. Il trasferimento può, infatti, avvenire anche in favore di terzi predesignati nel piano, i quali abbiano presentato, anche in costanza di composizione negoziata, un'offerta irrevocabile di acquisto dell'azienda o di uno o più rami. Quand'anche il risanamento dell'impresa non sia percorribile, lo è la prosecuzione in capo ad altri dell'attività economica attraverso l'azienda ancora in vita o rivitalizzabile. E tanto basta.

Il trasferimento è però indefettibilmente una cessione dell'attività, non del solo godimento, come pure taluno ha argomentato³⁴. La ragione è evidente: il concordato liquidatorio non concede i tempi supplementari all'impresa decotta, né spalanca lo scenario underground dell'esercizio in via indiretta della stessa attività. Piuttosto, si risolve in una corsia esdebitatoria alternativa al fallimento, che importa la cessione totale e definitiva dei beni che nel fallimento verrebbero spossessati e monetizzati.

La cessione immaginata dal riformatore rientra nell'arco delle cessioni traslative, volte a monetizzare i beni per destinarne il ricavato in via diretta al riparto fra i creditori, non per finanziarne l'esercizio d'impresa.

D'altronde, il presupposto del concordato semplificato è l'irreversibilità della crisi. Il risanamento non è possibile neppure in via mediata. La procedura a quel punto tende

³² V. anche A. Pezzano e M. Ratti, Op. cit.

³³ Il piano di liquidazione può includere “un'offerta da parte di un soggetto individuato avente ad oggetto il trasferimento in suo favore, anche prima dell'omologazione, dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni”.

³⁴ F. Michelotti, *La liquidazione giudiziale del concordato semplificato*, in *La crisi d'impresa*, a cura di M. Pollio, 2021, p. 265.

necessariamente a realizzare, non il recupero dell'equilibrio economico ormai svanito e la riconduzione dell'impresa nell'area della redditività, ma la funzione (più modesta) del mantenimento dell'unità operativa in capo ad altri al fine di ottenere liquidità per soddisfare i creditori. L'intento del risanamento dell'impresa è del tutto estraneo alla procedura liquidatoria semplificata, che tiene luogo del fallimento, pur evitandone lo stigma.

La logica, quand'anche non disgregatrice dell'impresa insolvente, rimane orientata alla tutela esclusiva dei diritti dei creditori. Lo scopo non è più rimettere in sesto l'impresa, ma non disperdere il valore unitario del complesso aziendale dal momento che la vendita dell'intero massimizza l'attivo.

L'azienda è fatta sopravvivere all'insolvenza sulla considerazione che, sino a quando l'unità produttiva e organizzativa conserva una funzionalità all'esercizio dell'impresa, essa risponde ai requisiti di cui all'art. 2555 c.c. e non v'è ragione di sottrarla al suo impiego dinamico da parte di un terzo finanziariamente non compromesso.

Salvatore Leuzzi