

Presentazione

di *Antonio Caiafa*

Università *LUM Giuseppe Degennaro* - Bari
Dipartimento Management, Finanza e Tecnologia
Diritto delle procedure concorsuali

Il titolo induce immediatamente a riflettere sulle caratteristiche dell'istituto, al quale risulta essere possibile accedere al termine della composizione negoziata della crisi di impresa, ed offre a tal fine una ricostruzione puntuale della disciplina normativa ed al tempo stesso ne illustra le criticità operative.

Senza indugiare in una minuta esegesi delle norme che regolano l'istituto, di esso ne vengono immediatamente sottolineati i tratti salienti, muovendo dal **D.L. 118 del 24 agosto 2021**, poi convertito con modificazioni con la **legge n. 147 del 2021**, che all'**art. 18** lo aveva, per l'appunto, introdotto e che, tuttavia, nei primi commenti era stato per lo più ritenuto rappresentare la novità più significativa, sino al punto di poter costituire il naturale sfogo della composizione negoziata.

Non a caso tra i primi commentatori era prevalsa una lettura della relativa disciplina sì da poter essere consentito l'accesso al concordato quante volte le trattative non avessero avuto esito favorevole o, in alternativa, anche quando le soluzioni di continuità si fossero palesate non praticabili, attraverso, quindi, una interpretazione disgiuntiva che, per l'appunto, avrebbe permesso l'accesso non solo nell'ipotesi in cui le trattative non avessero avuto esito favorevole ma, anche, quando le soluzioni della continuità non fossero realizzabili, con la conseguenza, quindi, che sarebbe stata sufficiente la inesistenza, sin dall'inizio, di una possibilità di risanamento o cessione, per conseguire la relazione negativa dell'esperto e, attraverso questa, l'accesso ad una procedura indiscutibilmente agevolata, con compromissione del diritto di voto dei creditori, in assenza del ruolo attribuito nel concordato preventivo al commissario, sostituito da un ausiliario.

Le modifiche apportate dalla successiva regolamentazione dell'istituto, in termini di impraticabilità delle soluzioni di risanamento, trova riscontro nella assenza di una imputabilità al debitore, mediante una concreta valutazione del comportamento da questi tenuto, in relazione agli obblighi vigenti per la individuazione degli **assetti**

organizzativi adeguati, per la *anticipata emersione della crisi e reversibilità della insolvenza*, quale limite per accedere alla composizione negoziata e, quindi, poter trovare giustificazione l'approdo al concordato semplificato, solo qualora vi siano state concrete prospettive di risanamento, che hanno giustificato l'avvio al percorso conclusosi, tuttavia, attraverso una relazione finale che, ancorché negativa, non dipende da un comportamento irresponsabile del debitore, per essersi le trattative concluse senza esito, ancorché svoltesi secondo correttezza e buona fede ed essere risultate impraticabili le soluzioni individuate dall'art. 23, commi uno, due lettera d).

È, dunque, la verifica della inesistenza di altre soluzioni possibili per il superamento dello stato di crisi e per la prosecuzione dell'attività a rendere possibile, al deliberato fine di evitare la liquidazione giudiziale, la presentazione della proposta, una volta acquisita la relazione finale dell'esperto ed il parere, da questi espresso, con specifico riferimento ai possibili risultati della liquidazione ed alle garanzie offerte, con assegnazione ad un ausiliario per il deposito di un parere.

La tutela dei creditori è, dunque, solo *processuale*, nel senso che questi potranno unicamente opporre opposizione alla omologazione, costituendosi nel termine perentorio previsto dalla legge prima dell'udienza fissata, con la conseguenza che il concordato, una volta proposto, sottraendosi all'approvazione del ceto creditorio, tuttavia lo coinvolge, pur non essendo prevista una fase di ammissione e di approvazione e, soprattutto, il rispetto di una soglia minima di soddisfazione per i chirografi.

Tutto ciò ha condotto, parte della dottrina, a guardare con sfavore l'istituto, per il rischio di pratiche elusive, quando non direttamente speculative, da parte di soggetti in grado di acquisire attività ad un prezzo non competitivo.

Il concordato *semplificato* costituisce, peraltro, non una variante di quello *preventivo* quanto, piuttosto, si propone come *procedura concordataria autonoma e distinta*, ed a tale soluzione è pervenuta la giurisprudenza di legittimità, muovendo dalla ricostruzione dell'istituto che se considerato un "*sottotipo*" di quello preventivo, avrebbe determinato la conseguente diretta applicazione delle norme di questo al semplificato senza, quindi, la necessità di dover riscontrare

lacune nella disciplina specifica, con il limite piuttosto chiaro ed evidente espresso, più volte dal nostro legislatore, nel codice della crisi della ***c.d. compatibilità***.

È proprio la mancanza del voto dei creditori che determina quella vistosa divaricazione, sul piano della componente strutturale del procedimento, ed a tal riguardo è stato rappresentato che qualora si prendessero “***in prestito i concetti delle opere pittoriche***” potrebbe pervenirsi alla conclusione di ritenere “***il concordato preventivo trittico, perché la sua struttura è composta in tre parti – la proposta, il voto e la omologazione – mentre invece il concordato semplificato è concepito come un dittico, nel quale le parti sono soltanto la proposta e l’omologazione***”¹.

E d’altronde la composizione negoziata costituisce essa stessa un percorso, diretto a rendere possibile un immediato e tempestivo intervento a favore dell’imprenditore, perché questi possa riorganizzare e ristrutturare l’impresa, prima che si determini lo stato di insolvenza vero e proprio, mediante la individuazione di soluzioni dirette al raggiungimento di un accordo con il ceto creditorio, perché l’attività possa essere proseguita.

Proprio perché dell’insolvenza non è possibile avere un concetto unitario né, al tempo stesso, certo, presentandosi il fenomeno non sempre con valori assoluti ma, spesso, relativi, non coincidendo lo stesso con i risultati di bilancio o con la situazione patrimoniale, ben potendo essere esclusa essa in presenza di un disavanzo e, invece, dirsi esistente, nonostante una eccedenza dell’attivo sul passivo, e seppure le cause della crisi possono essere rilevanti ai fini della sua rilevazione tuttavia, assume decisiva importanza ***accertarne la tipologia***, qualora si ritenga di dover intervenire allo scopo di rimuovere il relativo fenomeno, essendo diverse le soluzioni, a seconda che l’impresa risulti essere ***eccessivamente indebitata***, ovvero debba rivedere la propria ***riorganizzazione per la ricerca di una dimensione diversa***, in grado di assicurare il raggiungimento di quell’equilibrio alterato.

¹ TERRUSI, *Composizione negoziata per la soluzione della crisi di impresa*, in *Commentario al Codice della crisi di impresa e della insolvenza* a cura di CAIAFA A., Napoli, 2024, p. 157.

Non può prescindersi, nel dover esprimere un giudizio sulle capacità produttive dell'impresa, dall'efficienza e, conseguentemente, dalla possibilità per la stessa di permanere sul mercato, dovendosi considerare le tecniche di *conservazione* e *mantenimento* in vita di quelle entità economiche che, coinvolgendo una pluralità di interessi, possono garantire la conservazione del *valore economico* unitamente alla salvaguardia dei *rapporti commerciali*, per evitare le negative ripercussioni della crisi e la conseguente apertura di una procedura liquidatoria.

Nel primo capitolo viene affrontato il delicato tema della individuazione della *natura giuridica* del concordato, che non ha un rilievo ormai più dogmatico quanto, piuttosto, pratico dal momento che esso non incide affatto sulla regolamentazione dell'istituto che ha una finalità tipicamente liquidatoria, determinando la cessazione del percorso iniziato con la richiesta di accesso alla composizione negoziata.

Ne viene sottolineata, attraverso una attenta analisi della disciplina normativa, la fattispecie complessa, al cui perfezionamento partecipano elementi aventi carattere *negoziale* ed altri di natura *processuale* che, insieme, concorrono alla produzione di quegli effetti che poi discendono dal provvedimento di omologa, che comporta la composizione negoziata del dissesto attraverso il regolamento previsto.

Si evidenzia, ancora, che per il perfezionamento, seppur non può prescindersi dall'esistenza di una proposta proveniente da un imprenditore, l'approvazione di essa da parte dei creditori è, tuttavia, assicurata riservando il diritto a qualsiasi interessato di proporre opposizione alla omologazione.

Una volta individuati i *presupposti soggettivi ed oggettivi*, con riferimento, in particolare, alla normativa, si evidenzia essere essa caratterizzata da diverse lacune, che hanno generato rilevanti problemi interpretativi, frutto di una precisa volontà legislativa volta a connotare il concordato semplificato di una voluta *flessibilità*, sì da dover essere esclusa la possibilità di ricorrere alla interpretazione analogica, mediante richiamo delle disposizioni proprie del concordato preventivo, e non essere condivisibile l'applicazione delle norme di questo istituto, che ha d'altronde una struttura completamente diversa, sì da non essere utile, una volta

individuata la effettiva omissione normativa, se sia possibile utilizzare la regolamentazione similare effettuata con riferimento ad esso.

La conclamata sussistenza di una ***insolvenza irreversibile*** e l'***assenza di una concreta prospettiva di risanamento***, inteso come riequilibrio finanziario e patrimoniale, dovrebbe impedire all'impresa di accedere alla composizione negoziata e, pertanto, qualora non fosse in concreto possibile, una volta avvenuto l'accesso al percorso, all'esito negativo delle trattative avviate con il ceto creditorio, individuare soluzioni in grado di consentire la continuità aziendale, in assenza di una ragionevole prospettazione in tal senso non potrebbe essere negata la ***natura necessariamente liquidatoria*** del concordato semplificato, proprio in ragione della circostanza – cui si è in precedenza fatto cenno - ribadita con convinzione nella parte dedicata alla individuazione dei presupposti – di dover conseguire ciò proprio dal contenuto della relazione negativa dell'esperto, in termini di possibili soluzioni di continuità non praticabili.

Particolare interesse suscita il tema affrontato, mediante ricostruzione delle opinioni discordanti della dottrina, sulla assoggettabilità al concordato semplificato dei ***gruppi di impresa*** ma, in particolare, sulla possibilità che all'esito di un scrutinio negativo, derivante dalla relazione dell'esperto, sia possibile assicurare l'accesso ad esso esclusivamente ad ***una o più*** delle ***società del gruppo***, senza che ciò possa avere incidenza sulle altre, come se, in effetti, in assenza di una disciplina che espressamente lo preveda, possa essere negata la possibile configurabilità di un ***concordato semplificato di gruppo*** ed accedersi, quindi, alla conclusione dell'accesso da parte delle singole imprese, per le quali sia stata ritenuta sussistente la concreta praticabilità, a seguito di uno scrutinio in tal senso svolto dall'esperto.

Viene, a tal riguardo, valorizzato il contenuto della normativa (art. 25, comma nove, CCII), in termini di previsione della possibilità, al termine delle trattative, che le imprese del gruppo possano accedere "***separatamente o in via unitaria, alle soluzioni di cui all'art. 23***", tra le quali vi è ricompreso lo stesso concordato semplificato.

Il secondo capitolo, dedicato all'accesso alla procedura e, dunque, al ***contenuto del piano*** ed alla necessità che le trattative si svolgano con ***correttezza e buona fede***, si da consentire poi all'esperto, nel redigere la richiesta relazione finale,

di potersi esprimere con riferimento ai presumibili risultati della proposta, seppur senza individuare l'utilità economicamente valutabile che l'imprenditore intende assicurare a ciascun creditore, limitandosi la norma a prevedere che essa non arrechi pregiudizio rispetto all'alternativa liquidatoria e che, comunque, sia in grado di assicurare un'utilità a ciascun creditore, rende evidente che la mancanza di pregiudizio non è richiesta, specificamente, a pena di inammissibilità del concordato, non essendo il tribunale tenuto ad effettuare una siffatta valutazione.

Quanto al contenuto della relazione è necessario che descritta l'attività svolta specifichi se l'imprenditore si sia avvalso delle *misure protettive e cautelari*, ovvero sia stata concessa la sospensione degli obblighi di cui agli artt. 2446 e 2447 cod. civ., sulla riduzione del capitale sociale per perdite ed al di sotto del limite legale, di cui agli artt. 2482-*bis*, 2482-*ter* e 2484 cod. civ. sulle cause di scioglimento e di cui all'art. 2545-*duodecies* cod. civ. sullo scioglimento.

E d'altronde, la relazione negativa immediata, per assenza delle condizioni per far luogo alle trattative in base alla previsione normativa, deve indurre l'esperto, già all'esito della interlocuzione con l'imprenditore, una volta preso atto della documentazione allegata, di richiedere la *archiviazione*, così come una relazione positiva potrà essere rilasciata quando le trattative si siano concluse favorevolmente e l'esperto sia in grado di poter esprimere un parere motivato, circa la sussistenza dei presupposti perché possa essere assicurata la continuità aziendale, con riferimento al *piano industriale* ed alle *azioni strategiche ed operative delineate*, in grado di permettere di ritenere che, in effetti, l'impresa sarà in grado di superare la crisi.

Il *piano industriale*, pertanto, diventa uno strumento imprescindibile, rivolto sia verso l'ambito interno all'impresa che ai soggetti ad essa esterni e consente di stabilire la sussistenza dei presupposti per il buon esito dell'attività di risanamento, dipendendo essa dalla capacità di effettuare previsioni economico patrimoniali precise ed attendibili, capaci di concretizzare gli obiettivi e le strategie sottese. Al tempo stesso l'esperto, in assenza di quei requisiti minimi indispensabili, in termini di obiettivi che si intendo raggiungere, sia nel breve che nel lungo termine, in realistiche condizioni generali di mercato, sì da poter consentire la continuità ed il soddisfacimento delle aspettative dei diversi creditori determinerà, dovrà rilasciare una relazione finale negativa, che non potrà consentire l'accesso al concordato

semplificato qualora le trattative non hanno avuto esito favorevole e le soluzioni di risanamento siano risultate impraticabili, per essere imputabili al debitore le ragioni dell'insuccesso.

Sotto tale profilo viene evidenziato essere il concordato semplificato uno **strumento premiale**, consentito a seguito di una **valutazione di meritevolezza**, in relazione al comportamento tenuto dal debitore durante la composizione negoziata, nella fase dedicata alla conclusione delle trattative, valutata in un'ottica complessiva che consente di concludere trattarsi di un istituto che inserendosi nel contesto della composizione negoziata della crisi, seppur mirando ad offrire una alternativa alla **liquidazione giudiziale** o **controllata**, a seconda delle dimensioni dell'impresa, si caratterizza per avere, attraverso esso, il legislatore inteso conferire una significativa celerità alla procedura, senza declinarlo in modo omologo al concordato preventivo, consentendo al ceto creditorio esclusivamente di potersi opporre alla omologazione, sì da essere la disciplina dell'istituto improntata alla ricerca di un difficile punto di equilibrio tra l'esigenza di gestire in maniera efficiente la crisi e quella antitetica di tutelare l'affidamento dei creditori.