

# Il concordato preventivo/1

IL NUOVO REGIME

## Più potere ai creditori sulla gestione della crisi

Si incentivano le misure finalizzate alla continuità aziendale

PAGINA A CURA DI  
Andrea Ferri

Per chi si occupa di risanamenti di aziende in crisi, questa nuova "stagione legislativa" come è stata definita dai giuristi, subentrata dopo 10 anni di contrattazione privatistica tra debitore e creditori e che prevede un ritorno al "rigore" e al ripristino di requisiti più severi per l'ammissione da parte del Tribunale alla procedura di concordato preventivo, non può che essere vista come la perdita di un'opportunità per imprenditori e professionisti. È finita la stagione dei concordati "facili", particolarmente agevolati dal Dl 83/2012 che consentiva di deliberare, in sede di adunanza dei creditori, anche con il cosiddetto silenzio-assenso, il piano concordatario, giungendo all'omologa; a maggior ragione è finita la stagione dei concordati in bianco, e del più volte denunciato abuso del diritto, volti esclusivamente a defatigare i creditori più aggressivi conferendo una protezione al debitore (cosiddetto *automatic stay*) che, il più delle volte, non era supportato da una vera strategia di risanamento. La raccomandazione della commissione Ue del 12 marzo 2014, invitava gli Stati membri ad adottare, entro il 14 marzo 2015, talune regole sulla crisi d'impresa tra cui: l'emersione tempestiva della crisi; l'agevolazione dei negoziati sui piani di ristrutturazione; maggior tutela ai nuovi finanziamenti; agevolazione della concessione di una seconda opportunità al debitore fallito.

Tali temi vengono recepiti anche dal recente regolamento Ue 848/2015 sull'insolvenza transfrontaliera e l'armonizzazione dell'Italia alla regolazione della crisi in ambito comunitario, in armonia con gli ordinamenti degli Stati membri, dovrebbe permettere di meglio contrastare la crisi.

Queste le novità più significative in fatto di concordato preventivo: all'articolo 161 legge fallimentare è previsto l'obbligo di indicare la percentuale liquidabile ai creditori all'interno del piano e la comunicazione di quest'ultimo al Pm con la relativa documentazione; all'articolo 165 è prevista la comunicazione del Commissario ai creditori ed ai terzi in merito alle informazioni utili ai fini della formulazione di eventuali proposte

concorrenti, oltre all'obbligo di inviare al Pm informazioni dei fatti utili ai fini delle indagini in sede penale; all'articolo 172 è richiesto al Commissario di integrare la relazione particolareggiata sulle cause del dissesto, con l'illustrazione comparativa delle utilità che, in caso di fallimento, possono essere apportate dalle azioni esercitabili verso i terzi (azione di responsabilità ex articolo 146, azioni revocatorie, azioni restitutorie eccetera) e una valutazione alternativa degli asset e di eventuali proposte concorrenti. All'articolo 178 sono precisate le modalità di espressione del voto dei creditori in adunanza; all'articolo 182 sono precisate le modalità di espressione degli asset dopo il deposito del concordato e di seguito (articolo 185) sono previste modalità di verifica, da parte del Tribunale, in merito all'esecuzione del concordato e, nel caso di accertati ritardi o omissioni del debitore, l'attribuzione al Commissario giudiziale dei poteri necessari e, addirittura, la revoca dell'Organo amministrativo con nomina di un amministratore giudiziario.

Passando alle Pmi, vero fulcro produttivo del nostro paese, col ripristino nel Dl 83/2015, oltre al criterio del voto col silenzio-dissenso, anche della soglia minima, nel concordato liquidatorio, del 20% al ceto chirografario, si trasferirà, giocoforza, nuova linfa vitale all'esercizio provvisorio fallimentare (di fatto alla liquidazione giudiziale con esercizio provvisorio, secondo il disegno di legge delega Rordorf) permettendo, con costi inferiori, il salvataggio di aziende e di posti di lavoro. Si ritorna all'ipotesi, più verosimile, di un percorso liquidatorio dell'impresa, sulla falsariga dell'auto-fallimento (promosso cioè dallo stesso imprenditore) tentando di attenuare, (questo il progetto che traspare dal disegno di legge delega Rordorf), il problema reputazionale, tipico del nostro imprenditore nazionale, dismettendo il termine fallimento e sostituendolo con "liquidazione giudiziale", rendendo più agevole il ripristino della continuità aziendale.

Per l'istituto del concordato preventivo, la nuova stagione del rigore o dell'affiancamento da parte del Tribunale, così come la vogliamo chiamare, non dovrà necessariamente calmierare il numero delle procedure ammesse, soprattutto nel caso del concordato in continuità. Si auspica semplicemente che vi sia una maggior attenzione, da parte di chi intende usufruire dello strumento, nella predisposizione delle strategie di risanamento, con particolare attenzione ai piani industriali, troppe volte confezionati al fine di poter falcidiare gli incolpevoli creditori.

### Il quadro

**01 | PERCENTUALE LIQUIDABILE**  
L'articolo 161 della legge fallimentare prevede l'obbligo di indicare la percentuale liquidabile ai creditori all'interno del piano e la comunicazione di quest'ultimo al Pm con la relativa documentazione

**02 | LE CAUSE DEL DISSESTO**  
Il Commissario (articolo 172) deve integrare la relazione particolareggiata sulle cause del dissesto, con l'illustrazione comparativa delle utilità che, in caso di fallimento, possono essere apportate dalle azioni esercitabili verso i terzi (azione di responsabilità ex articolo 146, azioni revocatorie, azioni restitutorie eccetera) e una valutazione alternativa degli asset e di eventuali proposte concorrenti

**03 | LA CESSIONE DEGLI ASSET**  
L'articolo 182 precisa le modalità di cessione degli asset dopo il deposito del concordato e di seguito (articolo 185) sono previste modalità di verifica, da parte del Tribunale, in merito all'esecuzione del concordato e, nel caso di accertati ritardi o omissioni del debitore, l'attribuzione al Commissario giudiziale dei poteri necessari e, addirittura, la revoca dell'Organo amministrativo con nomina di un amministratore giudiziario

**04 | SOGLIA MINIMA DEL 20%**  
Con il ripristino nel Dl 83/2015, oltre al criterio del voto col silenzio-dissenso, anche della soglia minima, nel concordato liquidatorio, del 20% al ceto chirografario, si trasferirà, giocoforza, nuova linfa vitale all'esercizio

provvisorio fallimentare (di fatto alla liquidazione giudiziale con esercizio provvisorio, secondo il disegno di legge delega Rordorf) permettendo, con costi inferiori, il salvataggio di aziende e di posti di lavoro

**05 | IL PROBLEMA REPUTAZIONALE**  
Con la riforma si ritorna all'ipotesi di un percorso liquidatorio dell'impresa, sulla falsariga dell'auto-fallimento (promosso cioè dallo stesso imprenditore) tentando di attenuare, (questo, quanto meno, il progetto che traspare dal disegno di legge delega Rordorf), il problema reputazionale, tipico del nostro imprenditore nazionale, dismettendo il termine fallimento e sostituendolo con "liquidazione giudiziale", rendendo più agevole il ripristino della continuità aziendale

Il salvataggio. Il Tribunale deve valutarne l'impatto sul piano di risanamento

## Al via i finanziamenti d'emergenza

Il Dl 83 integra l'articolo 182 quinquies che regola le disposizioni in tema di finanziamento e di continuità aziendale nel concordato preventivo, con un nuovissimo terzo comma, che introduce nel nostro ordinamento concorsuale, i finanziamenti in via d'urgenza - nella fase di concordato in bianco - preveducibili in base all'articolo 111 della legge fallimentare, funzionali ed urgenti a necessità relative all'esercizio dell'attività aziendale sino al termine fissato dal Tribunale ex articolo 161 sesto comma legge fallimentare.

La nuova stesura e le nuove possibilità di finanziamento denotano ancora una volta il favore con cui il legislatore guarda alla continuità aziendale, nella speranza che l'imprenditore in crisi, ma virtuoso, possa ottenere finanza dalle banche creditrici.

Si tratta di una sorta di autodichiarazione dell'imprenditore che dovrà dimostrare nel ricorso:

- la destinazione dei finanziamenti;
- il fatto che tali finanziamenti non possono essere ottenuti da altri istituti o da altre fonti;
- la circostanza che, in assenza di tali finanziamenti, deriverebbe un pregiudizio imminente ed irreparabile all'azienda, presumibilmente il fallimento, con conseguente svilimento degli asset.

Trattandosi di norma relativa alla

fase interinale dell'articolo 161 sesto comma, dovrà, necessariamente essere redatto dal debitore, con l'ausilio degli advisor, il piano industriale della ristrutturazione, del risanamento e del turnaround, previa condivisione con le banche, i fornitori, i lavoratori e le associazioni sindacali e dandone notizia al tribunale che deve decidere sull'istanza.

Risulta difficile immaginare che il Tribunale possa decidere in assenza di tali elementi, visto che la norma non prevede la dichiarazione dell'attestatore sulle condizioni sopra

### LA VERIFICA

La correttezza delle informazioni è necessaria per evitare che le somme erogate vadano poi a incrementare la massa passiva

descritte né la espressa allegazione del piano industriale finanziario del debitore. Il rischio è quello di incrementare la massa passiva con ulteriori costi predeotti a scapito del ceto creditorio.

Sarà dirimente il ruolo del commissario giudiziale che deve essere sentito, oltre ai principali creditori, dal Tribunale, offrendo certamente una visione aggiornata dello stato

dell'impresa, e della effettiva necessità finanziaria per gestire la continuità del business.

Molto interessante appare, sempre in un'ottica aziendalistica di continuità, la possibilità offerta dal nuovo 182 quinquies di far ulteriormente deliberare, sempre durante il periodo di operatività dell'articolo 161 sesto comma, il mantenimento delle linee di credito autoliquidanti in essere al momento del deposito del ricorso.

La vera sfida si apre col mondo bancario, troppe volte assente dai tavoli istituzionali della crisi e, soprattutto, dai tavoli professionali ove si discute il turnaround, probabilmente perché avvisato in ritardo o in maniera non sufficientemente ed adeguatamente conforme alle tecniche aziendalistiche.

Dovranno, però, pervenire risposte rapide, in linea con l'emersione tempestiva della crisi da parte del debitore (capi-saldo del disegno di legge delega Rordorf), condividendo, qualora i professionisti e il management che gestiscono in tale fase l'impresa evidenzino competenze appropriate, il piano di rilancio. Ecco che il Tribunale diventerà, non un luogo di litigiosità e di contenzioso, ma il terreno ideale per condividere ed attuare le soluzioni della crisi.

## Il concordato preventivo/2

LA REGOLAMENTAZIONE

# Ammessa la proposta di acquisto per l'azienda in procedura

### Il trasferimento può aver luogo anche prima dell'omologazione da parte del Tribunale

PAGINA A CURA DI  
Andrea Ferri

Le maggiori novità portate dal Dl 83/2015 si rinvencono negli articoli 163 e 163 bis legge fallimentare (quest'ultimo introdotto ex novo) che introducono - se vogliamo un po' a dispetto della libertà dispositiva del ricorrente in crisi - innovativi strumenti volti a salvaguardare il ceto creditore che, troppo spesso, si trova costretto ad accettare passivamente il concordato preventivo. Il legislatore, infatti, attribuisce al creditore un ruolo di "attore non protagonista" e non più di mera "comparsa".

All'interno dell'articolo 163 (ora intitolato "Ammissione alla procedura e proposte concorrenti") sono stati inseriti i commi da 4 a 7 contemplando la possibilità per taluni creditori, rappresentanti almeno il 10% dei crediti risultanti dall'elenco depositato dal debitore, una proposta alternativa a quella presentata ex articolo 161 legge fallimentare, nel termine dei 30 giorni che precedono l'adunanza dei creditori. Il legislatore ha inteso circoscrivere tale possibilità a quei creditori scelti da qualunque collegamento con il debitore ed aventi, quale unico scopo, quello di vedersi riconosciuto, nelle migliori condizioni, il proprio credito. La proposta, infatti, non è ammissibile se riguarda coloro i cui crediti derivino da società controllate, controllanti o sottoposte a comune controllo con la società debitrice.

L'attestazione può essere limitata alla fattibilità del piano per gli aspetti che non siano già oggetto di verifica da parte del Commissario e può essere omessa quando non visiano nuove fattispecie attestabili. Se nel termine di 30 giorni prima dell'adunanza pervengono proposte concorrenti, il Commissario deve riferire con relazione integrativa alla relazione ex articolo 172 legge fallimentare, da depositarsi in cancelleria almeno 10 giorni prima dell'adunanza.

Il legislatore non si è, comunque, dimenticato del carattere anche privatistico del concordato. Per tale motivo le nuove proposte non sono ammesse se l'attestatore certifica il pagamento di almeno il 40% dell'ammontare dei crediti chirografari nel concordato liquidatorio e del 30%

nel concordato in continuità.

Di particolare appeal risulta l'introduzione dell'intervento di un soggetto terzo e, in caso di società per azioni o di società a responsabilità limitata, la possibilità che la proposta preveda un aumento del capitale sociale con esclusione o limitazione del diritto di opzione da parte dei vecchi soci. Affinchè l'operazione si dimostri vincente, tuttavia, è fondamentale che l'intervento provenga da un soggetto, effettivamente terzo, rispetto alla vecchia compagine, onde scongiurare la ricostituzione, "sotto mentite spoglie", della "vecchia" compagine in concordato.

L'altra novità introdotta dal recente decreto legislativo è l'introduzione dell'articolo 163 bis legge fallimentare (offerta concorrenti) che prevede la possibilità, al pari di quanto già avveniva all'interno del concordato fallimentare, di indire le procedure competitive anche in ambito di concordato preventivo, allorché, tra i punti del piano, è prevista la proposta di acquisto dell'azienda sottoposta alla procedura, o di alcuni dei suoi rami o di specifici beni. La proposta di acquisto, che diviene gara di vendita e il piano possono prevedere che il trasferimento abbia luogo anche prima dell'omologazione della procedura.

In tal caso il Commissario ha l'obbligo di valutare:

- la congruità dell'offerta alla luce dei termini e delle condizioni della stessa;
- la congruità del corrispettivo previsto;
- le caratteristiche soggettive dell'offerente.

Laddove ritenesse che l'offerta possa essere migliorata, presenterà istanza motivata al Tribunale con la quale chiederà l'apertura di una gara di vendita.

Le offerte dovranno essere non revocabili, comparabili e non sottoposte a condizione.

Occorre precisare che detto potere il Tribunale può esercitarlo d'ufficio o prescindere o meno dell'istanza presentata dal Commissario, secondo il proprio prudente apprezzamento, e sempre sulla base di un parere del Commissario esplicativo della proposta.

Al fine di consentire al ceto creditore di avere contezza di quanto conseguirà dall'esecuzione del piano, anche e soprattutto tenuto conto della presentazione di eventuali nuove offerte, la gara di vendita degli assets dovrà svolgersi prima dell'adunanza dei creditori. Il debitore dovrà poi modificare la proposta e il piano in conformità all'esito della procedura competitiva.

### L'impatto

#### 01 | PROPOSTE CONCORRENTI

I creditori che rappresentino almeno il 10% dei crediti risultanti dall'elenco depositato dal debitore, possono una proposta alternativa a quella avanzata ex articolo 161 legge fallimentare, nel termine dei 30 giorni che precedono l'adunanza dei creditori. Il legislatore ha inteso circoscrivere tale possibilità a quei creditori liberi da qualunque collegamento con il debitore e aventi, quale unico scopo, quello di vedersi riconosciuto, nelle migliori condizioni, il proprio credito. La proposta, infatti, non è ammissibile se riguarda coloro i cui crediti derivino da società controllate,



FOTOLIA

controllanti o sottoposte a comune controllo con la società debitrice

#### 02 | INAMMISSIBILITÀ

Le nuove proposte non sono ammesse se l'attestatore certifica il pagamento di almeno il 40%

dell'ammontare dei crediti chirografari nel concordato liquidatorio e del 30% nel concordato in continuità

#### 03 | PROCEDURE COMPETITIVE

L'altra novità introdotta dal recente decreto legislativo è rappresentata dall'articolo 163 bis che prevede la possibilità, al pari di quanto già avveniva all'interno del concordato fallimentare, di indire le procedure competitive anche in ambito di concordato preventivo, quando, tra i punti del piano, è prevista la proposta di acquisto dell'azienda sottoposta alla procedura, o di alcuni dei suoi rami o di specifici beni

**Fornitori.** Serve un procedimento sommario che preveda un contraddittorio tra le parti

## Contratti senza sospensione automatica

La norma sui contratti pendenti (articolo 169) è stata annoverata nel testo della legge fallimentare ad opera del Dl 83/2012 (legge 134/2012). Nel corso di questi anni, tuttavia, è già stata particolarmente utilizzata per gli innegabili vantaggi che dalla sua applicazione possono derivare al debitore nell'ambito del concordato preventivo in relazione allo scioglimento dai contratti.

Appare subito evidente come la riforma abbia modificato l'articolo 169 bis già dalla sua intitolazione ("Contratti in corso di esecuzione" che è diventato "Contratti pendenti") esplicitando, così, un evidente parallelismo con l'articolo 72 della legge fallimentare. Il legislatore intende applicare la norma in questione ai contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti alla data di presentazione del ricorso. La precedente formulazione aveva generato problemi interpretativi circa l'individuazione della tipologia dei contratti cui la norma era applicabile in relazione al concetto di contratto in corso di esecuzione. Particolarmente vivace, al riguardo, il dibattito dottrinale e giurisprudenziale, sui contratti di anticipazione bancaria con natura autoliquidante.

Proseguendo nella disamina del testo si rileva come siano state meglio precisate le tempistiche per la presentazione della richiesta di scioglimento da proporsi sia nell'ambito del ricorso ex articolo 161 legge fallimentare sia successivamente. Sebbene non sia stato esplicitato, si deve

ritenere che il termine ultimo per la presentazione dell'istanza debba coincidere con il termine ultimo per la modifica della proposta (nei quindici giorni anteriori all'adunanza), fermo restando che, per determinate categorie di contratti (quelli con gli istituti di credito aventi natura autoliquidante) la tempistica nell'ottenere il provvedimento di sospensione gioca un ruolo fondamentale.

L'altra novità consiste nell'obbl-

#### LOCAZIONE FINANZIARIA

Gli accordi di leasing possono essere sciolti con la conseguente restituzione del bene da parte del debitore

go di instaurare un procedimento, anche sommario, che preveda il contraddittorio tra le parti. Seppur nella prassi operativa, infatti, la maggior parte dei Tribunali, prudenzialmente, impongono al ricorrente di dare notizia della presentazione dell'istanza ex articolo 169 bis e del decreto all'altro contraente, non sono mancate isolate pronunce che, decretavano la sospensione del contratto *inaudita altera parte*.

Fugato ogni dubbio anche in merito all'individuazione temporale dell'efficacia del provvedimento che coincide con il momento della comunicazione del provvedimento autorizzativo: l'udienza, se il contra-

ente in bonis è parte costituita nel subprocedimento; la notifica del provvedimento, ad onere del debitore, in caso contrario.

Per quanto concerne la natura del credito derivante dall'indennizzo per lo scioglimento o la sospensione ne viene confermata la natura di credito anteriore al concordato, mentre i crediti maturati nel periodo compreso tra la pubblicazione della domanda ex articolo 161 legge fallimentare e la comunicazione del provvedimento sono prededucibili.

Infine, è stata espressamente contemplata l'ipotesi dello scioglimento del contratto di leasing, comportando quindi la restituzione del bene da parte del debitore, prima richiamato solo nell'articolo 72 legge fallimentare. I crediti maturati dal momento della presentazione della domanda sino alla data di comunicazione del provvedimento di scioglimento andranno soddisfatti in prededuzione.

Il concedente che si è visto restituire il bene dovrà versare al debitore, e quindi alla procedura, l'eventuale differenza tra la maggiore somma ricavata dalla vendita o da diversa allocazione del bene rispetto al residuo credito in linea capitale. Il credito del concedente per la differenza tra il credito vantato alla data del deposito della domanda ed il ricavato dalla nuova allocazione, invece, parteciperà al concorso come credito ante concordato.